

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1121

(Ano XIV)

(12/11/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1121



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1121, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 926 f.

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Contratação temporária por excepcional interesse público
Benigno Núñez Novo, 10.

ARTIGOS

Análise da (in)suficiência do reconhecimento fotográfico como meio de prova para fins de condenação criminal

Erica Souza Braga Freire, 22.

Contratação direta no processo licitatório: uma exposição crítica

Thalia Rios Santos, 46.

O estado democrático de direito e suas distinções em face do estado de direito tradicional

Dayane Maciel Bezerra de Castro, 76.

Os desafios para a adoção de crianças por casais homoafetivos no Brasil

Welerson Fittipaldi Reis Freitas, 84.

A responsabilidade civil de médicos pela prescrição de medicamentos e tratamentos sem eficácia comprovada

George Matheus Rodrigues Teixeira e Odi Alexander Rocha da Silva, 100.

O princípio da vedação ao retrocesso social e a edição da Lei nº 13.844/2019 e Medida Provisória 886 na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Bárbara Cordeiro Figliuolo, 126.

Benefício de Prestação Continuada (Bpc) á luz da pessoa com deficiência (PCD) : Progresso e limitações ao longo do tempo

Karolem Sousa Silva, 153.

A importância da regularização e implementação da visita íntima junto a unidade penal regional de Palmas-TO e demais unidades penais do Estado

Larissy Carvalho Rodrigues e Odi Alexander Rocha da Silva, 177.

Aspectos relevantes dos reflexos da psicopatia no sistema penal brasileiro

Livia Iasmin Monteiro Bezerra de Araújo, 195.

Tratamento jurídico das criptomoedas e o poder de tributar da Receita Federal

Paulo Giovanni Rebelo Maciel, 209.

Privacidade e tratamento de dados: os impactos da LGPD nas empresas

Nathalia Sousa França, 226.

Inovações trazidas pela nova Lei de Licitações e Contratos administrativos – Lei n. 14.133/2021

Fabricio Ribeiro Almeida e André Luís Américo Moreira, 238.

Os reflexos da pandemia no cenário trabalhista brasileiro: a responsabilidade do empregador pelo ambiente laboral em meio ao Covid-19

Larissa Martins de Souza, 256.

O uso das constelações sistêmicas pelo Poder Judiciário brasileiro

Ada Justina Lopes Carneiro e Christiane de Holanda Camilo, 265.

Violência Obstétrica: Reconhecimento da violência obstétrica no ordenamento jurídico brasileiro a falta de amparo sobre os direitos das gestantes e estudo de caso na cidade de Rondon do Pará - PA

Ana Beatriz Diogenes Freitas Cavalcante Barbosa, 319.

A precarização do trabalho de cuidado: desigualdade de gênero e o risco social sobreposto

Amanda Felipe de Oliveira, 339.

O desenvolvimento dos interesses transindividuais e seu reflexo na teoria do bem jurídico penal difuso: Espécies de interesses: público e privado; primário e secundário; transindividual: coletivos, difusos e individuais homogêneos e seus efeitos no bem jurídico penal

Antonio Carlos Horvath e Cristiano Medina da Rocha, 360.

Direito ao esquecimento e a decisão de repercussão geral do STF

Kálita Oliveira Rocha, 385.

O processo coletivo na defesa dos direitos fundamentais dos homossexuais: a luta pelo reconhecimento como um litígio estrutural

Fábio Gomes Bonfim Júnior e Buenã Porto Salgado, 409.

O princípio da responsabilidade compartilhada e responsabilidade civil causados por resíduos sólidos pós-consumo com base na Política Nacional de Resíduos Sólidos

Bárbara Cordeiro Figliuolo, 434.

Crime de stalking: a tipificação no ordenamento jurídico brasileiro

Ana Carla Feitosa Nunes e Kiara Costa Sena, 450.

Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) na justiça do trabalho

Dayane Maciel Bezerra de Castro, 465.

Os direitos que garantem a inclusão de crianças e jovens com transtorno do espectro do autismo (TEA) ao ensino regular nas escolas públicas e privadas brasileiras

Kellen Francisca Carvalho Beck, 486.

Por uma lei geral nacional dos concursos públicos.

André dos Santos Luz, 502.

Reflexões sobre a Lei n.º 11.645/08 a partir da concepção de docentes de uma escola municipal de Imperatriz - MA

Danyele Bezerra dos Santos, 506.

Tributação diferenciada para a agricultura familiar do Tocantins como ferramenta de desenvolvimento local

Verônica Alves Gonçalves da Silva França e Fernanda Matos Fernandes de Oliveira Jurubeba, 527.

A criminalização do porte de cannabis e a necessidade de um inimigo comum: uma análise do instituto da construção de um inimigo comum como forma de legitimar o poder punitivo estatal através da criminalização do porte de cannabis

Daniel Tadeu Duarte Calvet, 550.

A aplicabilidade da lei nº 14.188/2021 e as políticas públicas adotadas para coibir a violência psicológica na cidade de Açailândia – MA

Luana Thais Santos Carvalho, 559.

Direito administrativo e gestão pública: impactos da covid-19 e projeções futuras

Marcela Pedrosa Barros, 578.

Da irregularidade fundiária rural à regularização no estado do Tocantins: programa essa terra é nossa!

Edna Ferreira Maciel e Karine Alves Gonçalves Mota, 591.

Áreas de preservação permanente em zona urbana consolidada e a inconstitucionalidade da Lei nº. 14.285/2021

Yuri Santos Wacheleski e Odi Alexander Rocha da Silva, 607.

Mercado de capitais e algoritmos: regulação das operações de alta frequência e breve análise da estratégia de spoofing

Felipe Alexandre Abrantes Souza, 620.

“Jeitinho brasileiro”: O desvio de função no serviço público e as implicações jurídico-administrativas

Ludimilla da Silva Coelho Muniz, 648.

Moralidade e o controle social: a importância da sociedade civil na administração pública

Lucas Resende Rocha Mascarenhas, 663.

A evolução dos sistemas processuais eletrônicos e o histórico de sua implementação no cenário jurídico brasileiro

Marcos Tadeu Bernardes Guardiero Azevedo, 694.

O abandono afetivo inverso como causa de deserção

Carla Beatriz Rodrigues Faria Bastos e Neide Aparecida Ribeiro, 709.

Responsabilidade civil decorrente de erro médico na prestação de serviço ao Estado

Jossiene Vitória da Silva, 731.

Pirâmide financeira e marketing multinível: fronteira entre esses dois sistemas financeiros e seus aspectos legais

Thais Silva Feitoza, 741.

Crimes contra a honra no âmbito digital

Ana Carolina de Brito Adorno, 759.

TESE DE DOUTORADO

Planeamiento Tributario: La Necesidad De Una Verdadera Norma General Antiabuso Para El Brasil

Stelio Girão Abreu, 772.

CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO

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

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer um estudo sobre a contratação temporária por excepcional interesse público. As contratações temporárias na administração pública somente podem ocorrer nas expressas hipóteses previstas na lei inerente ao respectivo ente da federação, desde que realmente seja temporária a contratação, esteja presente o interesse público, e que a medida seja em caráter excepcional.

PALAVRAS-CHAVE: Contratação; Temporária; Excepcional; Interesse público.

RESUMEN: El presente artículo pretende realizar de forma sucinta un estudio sobre la contratación temporal por interés público excepcional. La contratación temporal en la administración pública sólo puede ocurrir en los casos expresos previstos en la ley inherente a la respectiva entidad de la federación, siempre que la contratación sea realmente temporal, concurra el interés público y la medida sea excepcional.

PALABRAS CLAVE: Contratación; Temporario; Excepcional; Interés público.

ABSTRACT: This article aims to succinctly make a study on temporary hiring for exceptional public interest. Temporary hiring in the public administration can only occur in the express cases provided for in the law inherent to the respective entity of the federation, provided that the hiring is really temporary, the public interest is present, and that the measure is exceptional.

KEYWORDS: Hiring; Temporary; Exceptional; Public interest.

INTRODUÇÃO

As formas de ingresso no serviço público podem variar de acordo com as classificações dos cargos públicos, já que cada um conta com uma estrutura de admissão

que segue critérios específicos. As formas de ingresso no serviço público podem se dar das seguintes formas: servidor público; empregado público; comissionado; estagiário; terceirizado; temporário e agente público.

A contratação por tempo determinado visa atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, fundamentada no art. 37, IX, da Constituição Federal. Da norma constitucional, doutrina e jurisprudência podem ser inferidos quatro requisitos básicos para a contratação temporária de pessoal, são eles: previsão legal das hipóteses de contratação (lei do ente contratante), tempo determinado da contratação, necessidade temporária e excepcional interesse público.

No âmbito do Estado do Piauí, a Lei estadual nº 5.309 de 17 de julho de 2003 dispõe sobre a contratação temporária por excepcional interesse público e estabelece as hipóteses de contratação. A referida lei foi regulamentada pelo Decreto estadual nº 15.547, de 12 de março de 2014.

Esta pesquisa é documental, bibliográfica e qualitativa, justifica-se pela extrema relevância da contratação temporária por excepcional interesse público, o que tem ocorrido em grande quantidade e com extrema frequência pela União, Estados e Municípios brasileiros.

DESENVOLVIMENTO

O ato administrativo que desencadear o processo de contratação temporária deve conter, além de outros elementos, a justificativa da contratação. O gestor deve demonstrar que a situação concreta justifica a contratação temporária conforme hipótese prevista na legislação do município.

A simples indicação do dispositivo legal que ensejou a contratação temporária não é suficiente para justificar a celebração de contratos, devendo o gestor complementar no ato do processo de contratação as razões que o levaram a selecionar pessoal sem concurso público.

A competência específica do TCE/PI, nos termos do art. 71, III, da Constituição Federal e do art. 86, III, "a", da Constituição do Estado do Piauí, consistente na apreciação, para fins de registro, dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, foi criada, por meio da Resolução nº 06, de 17 de março de 2022, a Divisão de Fiscalização de Admissão de Pessoal - DFAD.

Nos termos do art. 33-A, I, da Resolução nº 12, de 8 de agosto de 2019 – Regulamento da Secretaria do TCE-PI, compete à Divisão de Fiscalização de Admissão de Pessoal – DFAD, no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta do Estado e dos Municípios, incluindo suas autarquias e fundações, subsidiar a análise no âmbito da fiscalização de concursos públicos e processos seletivos para contratação de pessoal por tempo determinado.

Foram incluídos no PACEX 2022/2023, com vigência de 1º de abril de 2022 a 31 de março de 2023, aprovado à unanimidade na Sessão Plenária Ordinária n.º 041 de 24/03/2022, publicada no DOTCE de 28/03/2022 (TC/ 001478/2022), os temas “*Fiscalização de concursos públicos e **processos seletivos**” e “*Fiscalização nas **contratações de pessoal, especialmente contratações diretas não decorrentes de concurso público, como as contratações de serviços de pessoa física**”.**

Por exemplo, se o gestor celebra contratos temporários para **substituição de professores** da rede de ensino, ele deve indicar quais foram os professores efetivos que se afastaram do cargo, justificando, assim, a celebração dos contratos. Notem que há distinção entre justificar a contratação e indicar o dispositivo legal que a fundamentou. Enquanto a indicação do dispositivo legal evidencia que há legalidade (previsão legal) para os contratos, a justificativa (motivação) explica a situação fática que ensejou a contratação. A exposição dos motivos que enseje à contratação temporária, inclusive com fundamentação fática e jurídica comprobatória da necessidade excepcional de pessoal.

A jurisprudência do STF é consolidada no sentido de se vedar a realização de contratações temporárias para os serviços ordinários, permanentes do Estado e que devam estar sob o espectro das contingências normais da administração (Tese de Repercussão Geral 612 do STF). Não é possível contratação temporária para suprir atividades permanentes com funções de poder de polícia e fiscalizatórias, tendo em vista que desempenham funções tipicamente estatais, devendo ser realizadas por profissionais de carreira, devidamente aprovados em concurso público, nos termos da jurisprudência do TCE-PI (Vide Dec. Monocrática nº 476/2021-GWA, proferida no Processo TC/016429/2021, com publicação no DOE TCE/PI nº 201, em 25/10/2021, ratificada pela Decisão Plenária nº 1.081/2021).

Algumas atividades são inerentes ao exercício do poder de polícia do Estado e devem ser preenchidas por meio de concurso público, a exemplo das carreiras da administração tributária, fiscal de vigilância sanitária, guarda de trânsito, policial civil e militar, agentes ambientais, dentre outras. Nesses casos, a Constituição Federal não admite a contratação temporária.

Afastamentos legais de professores ou vacância desses cargos; início de mandato eletivo com insuficiência de pessoal; profissionais da saúde para atendimento a programas intensivos, endemias e epidemias; guarda-vidas temporários; frustração dos resultados de concursos públicos realizados; caso fortuito ou força maior. Calamidades públicas; servidores em afastamentos legais; vacância de cargos; crescimento inesperado dos serviços e criação de novos órgãos.

O Tribunal de Contas do Estado do Piauí na DECISÃO Nº 147/2020 de 06 de fevereiro de 2020 à unanimidade decidiu que em futuros processos seletivos sejam observadas as disposições constitucionais aplicáveis à contratação por tempo determinado e, em especial, No cadastro de processos seletivos, indiquem a necessidade temporária de excepcional interesse público, enviando o documento mencionado no art. 5º, I, da Resolução nº 23/2016, observando que a comprovação da necessidade de contratação de **professores substitutos** deve ser feita com a apresentação da lista dos servidores efetivos afastados, com indicação do motivo e período do afastamento.

DA NECESSIDADE DE LEI REGULAMENTADORA PARA A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA

É uma exigência constitucional, cada ente edita a lei local que regulamente a contratação temporária com a obrigação de estipular prazos específicos e determinados para as contratações temporárias, atendendo aos Princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da moralidade.

Inaplicabilidade de outra legislação ao ente, os municípios não podem realizar contratos temporários com base nas leis regulamentadoras da União, Estados ou do Distrito Federal, muito menos o Estado se valer de hipóteses de excepcionalidade previstas em legislações de outros entes federativos.

Previsão explícita das hipóteses excepcionais autorizadas da contratação temporária na lei local regulamentadora. É vedada hipóteses abrangentes e genéricas (STF: ADI 3116 e 2125).

Requisitos necessários para eficiência da lei regulamentadora da contratação temporária: deve ser lei própria, em sentido estrito; estabelecer objetivamente os limites para os casos de contratações temporárias por tempo determinado; prazo de duração dos contratos e de suas prorrogações; forma de realização do processo de seleção simplificada e da escolha dos contratados.

DOS PRAZOS NAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS

A Constituição Federal não delimita os prazos, delegando (implicitamente) as Leis Federal, Distrital, Estaduais e Municipais.

A Lei regulamentadora tem que definir os prazos máximos dos contratos temporários, considerando as hipóteses permissivas para contratação. É permitido possibilidades de prazos diferenciados, de acordo com as situações justificadoras da contratação temporária. Não existem regras ou critérios objetivos para fixação dos prazos, deve existir plena observância aos Princípios da razoabilidade e moralidade.

Proibição de prazos genéricos ou condicionados a evento futuro. Vedações de prazos demasiadamente longos, regra geral 24 (vinte e quatro) meses, excetuando-se os casos de características ou de natureza excepcionais.

Aspectos a serem considerados sobre os prazos na elaboração do projeto de lei: peculiaridades locais (porte econômico do município, área geográfica, número de habitantes, população urbana e rural, infraestrutura existente etc.); as situações de excepcional interesse público; ausência de candidato inscrito ou aprovado em concurso público e tempo previsto para que a necessidade temporária seja suprida.

A previsão de prazos de contratação e prorrogação de até cinco anos não se afigura compatível com o caráter temporal das contratações temporárias, segundo entendimento do STF. Nas palavras do ex-ministro Carlos Ayres Britto, "um prazo de 48 meses é absolutamente incompatível com o caráter da necessidade excepcional, a necessidade temporária linguagem da Constituição – de excepcional interesse público". (ADI 890, Relator (a): MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2003, DJ 06-02-2004 PP-00022 EMENT VOL-02138-01 PP-00034).

PRORROGAÇÃO DO CONTRATO TEMPORÁRIO

A prorrogação é permitida uma única vez e por igual período do contrato inicial (STF: ADI 890). A Lei regulamentadora deve estipular período de carência para que o mesmo servidor possa ser contratado novamente. Evitar contratações sucessivas e perpétuas.

PRAZO DE CARÊNCIA ENTRE RECONTRATAÇÕES

Intervalo de tempo entre o final de vigência da contratação e o início de vigência do novo contrato; mesmo servidor e a função; previsão na lei regulamentadora mensurado conforme a finalidade e essencialidade das hipóteses de contratações temporárias e vedação válida independentemente se o servidor foi aprovado novamente em processo seletivo simplificado público.

EXCEÇÕES PERMISSIVAS DE RECONTRATAÇÃO SEM PERÍODO DE CARÊNCIA

Situações excepcionais e sob justificativas inquestionáveis; inexistência de outra solução para o caso; risco iminente ou a concreta descontinuidade de serviço público relevante ou indispensável para a população local. Todas as hipóteses acima citadas, devem ser devidamente comprovadas pelo Gestor responsável. A constitucionalidade da vedação da recontração (STF: RE 635.648).

AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE E AGENTES DE COMBATE ÀS ENDEMIAS PODEM SER CONTRATADOS POR PROCESSO SELETIVO PÚBLICO

Os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias podem ser contratados por meio de processo seletivo público.

A Emenda Constitucional nº 51 de 14/02/2006.

Art. 198, § 4º da CF: Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO

O Processo Seletivo Simplificado é ferramenta que permite o Gestor público atuar de forma mais dinâmica e célere na escolha dos servidores contratados temporariamente. Os critérios objetivos para a avaliação devem ter ampla publicidade e respeitando a isonomia e impessoalidade. Preferencialmente através de provas ou provas e títulos (não é permitida a contratação temporária tomando-se como critério entrevista).

Excepcionalmente diante de situações urgentes (por exemplo: pandemias), onde ausente tempo para a realização de provas é possível a utilização de avaliação por análise curricular, desde que a forma de pontuação esteja definida de maneira objetiva e clara no edital e contemple a qualificação, experiência e habilidades específicas necessárias para o desempenho das atividades a serem realizadas.

QUANTITATIVO DE VAGAS E CADASTRO DE RESERVA

As vagas a serem preenchidas devem constar no Edital de abertura do Processo Seletivo Simplificado de maneira clara e específica; também é possível a realização de processo seletivo para cadastro de reserva, realizando a contratação temporária conforme surgir a necessidade durante o período do certame; referida medida mostra-se bastante eficaz para aqueles cargos em que existam grande rotatividade.

Em decisão proferida nos autos do processo 0000169-73.2016.5.10.0017 da 17ª Vara do Trabalho de Brasília-DF, foi reconhecida e declarada a Inconstitucionalidade do Cadastro de Reserva, inferindo-se que a “ausência de transparência quanto ao número de vagas existentes e/ou previstas fere o princípio da publicidade. Como ato administrativo que é, o concurso público deve atender ao interesse público. A abertura de um certame sem a definição de um número específico de vagas fere o princípio da finalidade, que é o do preenchimento de vagas e manutenção regular do serviço prestado”.

MOMENTO DE VERIFICAÇÃO DA NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO

Não existem dúvidas que se deve aferir o cumprimento dos requisitos constitucionais do art. 37, IX da CF no momento em que ocorrer a contratação temporária e não na abertura do processo seletivo simplificado.

VIGÊNCIA E PRORROGAÇÃO

Compete a Lei regulamentadora estipular os prazos de validade e da possibilidade de prorrogação dos processos seletivos simplificados, utilizando-se, por analogia, o prazo máximo previsto para os concursos públicos art. 37, III, da CF.

CRITÉRIOS MÍNIMOS CONSTANTES EM UM PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO

Edital público, com ampla divulgação; período de inscrições de pelos menos 7 (sete) dias; prazo de recursos de pelo menos 2 (dois) dias; fixar no edital ou editais critérios objetivos e impessoais para a seleção dos interessados e publicar o resultado, a homologação, e a classificação de cada candidato com a pontuação final obtida.

DA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Previsão legal: Art. 71, III da CF. Tomando-se como exemplo o Tribunal de Contas do Estado do Piauí que é o mais antigo Tribunal de Contas estadual do Brasil, deve-se observar os seguintes dispositivos (Art. 86, III, a da Constituição do Estado do Piauí, Lei Orgânica do TCE/PI, Art. 2º, IV, Art. 104, II, Regimento Interno do TCE/PI, Art. 1º, IV, Art. 82, V, a, Art. 197, I, Art. 316, I, Art. 375, § 3º e a Resolução TCE/PI nº 23, de 06 de outubro de 2016).

OBSERVAÇÕES NAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS

Todas as áreas (saúde, educação, segurança etc.) que realizem contratações por prazo determinado devem cumprir os requisitos constitucionais insculpidos no art. 37, IX, da CF. Os gastos com as contratações por tempo determinado, que continuam autorizadas

(art. 8º, IV, da Lei Complementar nº 173/2020), desde que cumpridos os requisitos exigidos devem compor o total das despesas com pessoal para efeitos da LRF.

O aumento de despesas com pessoal decorrente de admissões temporárias para atendimento ao combate a pandemia do COVID-19 exige o Gestor, enquanto permanecer a situação de calamidade pública das sanções e determinações decorrentes do descumprimento dos limites de gastos com pessoal estabelecidos na LRF.

A contratação temporária, nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, é permitida quando há **necessidade temporária de excepcional interesse público** que afasta a obrigatoriedade de realização de concurso público, regra para admissão de pessoal no serviço público. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é consolidada no sentido de apontar os seguintes requisitos para contratação temporária, entendimento consubstanciado na Tese de Repercussão Geral 612 do STF:

O conteúdo jurídico do art. 37, IX, da CF pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da administração. [RE 658.026, rel. min. Dias Toffoli, j. 9-4-2014, P, DJE de 31-10-2014, com repercussão geral.]

Essa situação já foi constatada, por exemplo, em Relatório de setembro de 2021 do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, o qual apontou que dos 223 municípios paraibanos, em 222 municípios o índice médio de contratados em relação aos efetivos é de 45%, tendo se concluído que:

Como resultado, foi possível identificar que há uma forte recorrência nas contratações temporárias, tanto no âmbito estadual como no municipal, inclusive com a contratação contínua de diversos profissionais por anos, fato que colide frontalmente com o estabelecido constitucionalmente. De mesma gravidade foi à detecção de uma quantidade considerável de casos em que as

funções desempenhadas pelos contratados são ordinárias da Administração Pública, ou seja, fogem à excepcionalidade.

CONCLUSÃO

A contratação de prestadores de serviços, em descumprimento à regra do concurso público, além de ofensa aos princípios administrativos da legalidade, impessoalidade e isonomia, leva a precarização das relações de trabalho, visto que não se assegura aos prestadores de serviço os direitos constitucionalmente assegurados no art. 7º, como salário mínimo, férias, 13º salário, FGTS, recolhimentos previdenciários, dentre outros.

Todas as áreas (saúde, educação, segurança etc.) que realizem contratações por prazo determinado devem cumprir os requisitos constitucionais insculpidos no art. 37, IX da CF. Os gastos com as contratações por tempo determinado, que continuam autorizadas (art. 8º, IV, da Lei Complementar nº 173/2020), desde que cumpridos os requisitos exigidos devem compor o total das despesas com pessoal para efeitos da LRF.

A Constituição Federal, no art. 37, IX, estabeleceu que as contratações por tempo determinado são possíveis para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. As contratações temporárias na administração pública somente podem ocorrer nas expressas hipóteses previstas na lei inerente ao respectivo ente da federação, desde que realmente seja temporária a contratação, esteja presente o interesse público, e que a medida seja em caráter excepcional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

BRASIL. **Constituição do Estado do Piauí**. Disponível em: <<http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/ato/14853>>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 51, de 14 de fevereiro de 2006**. Acrescenta os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 198 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc51.htm>. Disponível em: 11 de out. de 2022.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 173, de 27 de maio de 2020**. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19). Disponível em:

<<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-complementar-n-173-de-27-de-maio-de-2020-258915168>>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/>>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

PIAUI. **Lei Ordinária Nº 5.309 de 17/07/2003**. Disponível em: <<http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/detalhe/12477>>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

PIAUI. **Decreto Estadual Nº 15.547, de 12/03/2014**. Disponível em: <<https://www.leisdopiaui.com/single-post/2017/02/24/dec-1554714-contrata%C3%A7%C3%A3o-tempor%C3%A1ria>>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: Adi 890 DF – STF**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266581>>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

STF. **Repercussão Geral 612 do STF**. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária servidores públicos. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=612>>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

TCE/MS. **Parecer – C 10/2018**. Questão 1: O Município pode convocar professor para ministrar aula em caráter temporário em razão de excepcional interesse público? Questão 2: O Município pode convocar professor para ministrar aula em caráter temporário com fundamento em legislação estadual, ou seja, na lei e decreto específico do Estado? Questão 3: O Município pode convocar professor para ministrar aula em caráter temporário com fundamento em legislação municipal, ou seja, na lei e decreto específico do Município? Questão 4: O procedimento para convocação de professor para ministrar aula em caráter temporário se formaliza direta-mente por meio de resolução ou processo seletivo simplificado? Questão 5: Em caso de processo seletivo simplificado, o Município pode realizar por meio de comissão especial municipal constituída ou contratar empresa especializada para tal fim? Disponível em:

<<http://www.tce.ms.gov.br/Jurisprudencia/viewers/pdfjs/viewer.html?name=PARECER-C%20N%C2%BA%2000.0010.18.pdf&file=%2FJurisprudencia%2Fdocument%3FdocumentType%3Dcmis%3Adocument%26objectId%3D7397b4c3-8a21-49e7-8ed8-694454999a22>>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

TCE/MS. **Parecer – C 05/2021**. EMENTA - CONSULTA – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO – PREVISÃO EM LEGISLAÇÃO MUNICIPAL – FIXAÇÃO DOS PRAZOS MÁXIMOS PARA A VIGÊNCIA – PROIBIÇÃO DE CONTRATAÇÃO SUCESSIVA – POSSIBILIDADE DE RECONTRATAÇÃO POSTERIOR AO CUMPRIMENTO DE PERÍODO DE CARÊNCIA ENTRE O TERMO FINAL DO CONTRATO ANTERIORMENTE CELEBRADO E O TERMO INICIAL DO NOVO CONTRATO – JUSTIFICATIVA DA SITUAÇÃO EXCEPCIONAL – VEDAÇÃO INDEPENDENTE DO MODO OU DA FORMA DO PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO – DURAÇÃO DA CONTRATAÇÃO – EXCEPCIONALIDADE DE HIPÓTESES DE TEMPORARIEDADES LONGAS – TEMPORARIEDADE – PRESSUPOSTO ESSENCIAL – DEVER DE OBEDIÊNCIA – COMPOSIÇÃO DOS GASTOS NO TOTAL DAS DESPESAS COM PESSOAL – CONTRATAÇÕES PARA ATIVIDADES NO COMBATE AO CORONAVÍRUS SARS-COV-2 (COVID-19) – AUMENTO DE DESPESAS COM PESSOAL – SITUAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA CONSIDERADA PARA FINS DE NÃO APLICAÇÃO DE SANÇÕES E DETERMINAÇÕES DECORRENTES DO DESCUMPRIMENTO DOS LIMITES DE GASTOS COM PESSOAL. Disponível em:

<<http://www.tce.ms.gov.br/Jurisprudencia/viewers/pdfjs/viewer.html?name=Parecer%20C%20n%C2%BA%2000-0005-2021&file=%2FJurisprudencia%2Fdocument%3FdocumentType%3Dcmis%3Adocument%26objectId%3Df73f24c4-383e-42af-880d-13c131c398b0>>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

TCE/PB. **Levantamento realizado pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (TCE-PB)**. Disponível em: <<https://tce.pb.gov.br/noticias/tce-pb-ve-excesso-de-temporarios-em-prefeituras-em-223-municipios-sao-mais-de-62-3-mil-contratos-2018por-excepcional-interesse-publico2019>>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

TCE/PI. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2021/07/LOTCE.-atualizada-2021.pdf>>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

TCE/PI. **Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/REGIMENTO_INTERNO_WORD-atualizado-ate-05-01-2022-.pdf>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

TCE/PI. **Resolução nº 23/2016, de 06 de outubro de 2016.** Dispõe sobre o envio e acesso a informações necessárias e estabelece procedimentos para exame, apreciação e registro dos atos de admissão de pessoal pelo Tribunal de Contas do Estado do Piauí. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2016/12/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-23-16-Com-altera%C3%A7%C3%B5es-da-Resolu%C3%A7%C3%A3o-33-2016.pdf>>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

TCE/PI. **Resolução nº 12/2019, de 08 de agosto de 2019.** Dispõe sobre o Regulamento da Secretaria do Tribunal de Contas do Estado do Piauí. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/resolucao-no-12-2019-de-08-de-agosto-de-2019/>>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

TCE/PI. **Resolução nº 06/2022, de 17 de março de 2022.** Alteração da Resolução TCE/PI nº 12 de 08 de agosto de 2019 – Regulamento da Secretaria do Tribunal de Contas do Estado do Piauí. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/resolucao-no-06-2022-de-17-de-marco-de-2022/>>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

ANÁLISE DA (IN)SUFICIÊNCIA DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA PARA FINS DE CONDENAÇÃO CRIMINAL

ÉRICA SOUZA BRAGA FREIRE:
Graduanda do Curso de Direito do
Centro Universitário Fametro -
Manaus/AM

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo analisar a (in)suficiência do reconhecimento de pessoas por meio de fotografias, seja em razão da inobservância da legislação penal brasileira ou pela ausência da corroboração por meio de outras diligências, bem como pela possibilidade da influência do fenômeno das falsas memórias, dos fatores internos e externos, no que concerne a falibilidade da mente humana. O reconhecimento fotográfico é um tema bastante pertinente, visto que é um meio de prova dotado de fragilidade e adstrito ao equívoco judicial, em razão dos procedimentos adotados durante a persecução penal, como por exemplo, o álbum de fotografias apresentado às vítimas e testemunhas no âmbito da delegacia de polícia, tendo como finalidade a identificação da autoria delitiva, ao qual tem como resultado a prisão de inúmeros inocentes, por diversos fatores. Ademais, é imperioso destacar a vulnerabilidade dessa modalidade de reconhecimento quanto ao desacordo dos aspectos procedimentais previstos no artigo 226 do Código de Processo Penal. Por fim, para alcançar o objetivo pretendido, o método aplicado ao estudo deu-se por meio de pesquisas bibliográficas, mediante a análise da doutrina, legislação e jurisprudência brasileira pertinente ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Reconhecimento Fotográfico. Falsas Memórias. Inobservância dos Procedimentos. Provas no Processo Penal.

ABSTRACT: The purpose of this work is to analyze the (in)sufficiency of the recognition of people through photographs, either due to the non-observance of Brazilian criminal legislation or without the corroboration of other measures, as well as the possibility of the influence of the phenomenon of false memories, of internal and external factors concerning the fallibility of the human mind. Photographic recognition is a very relevant topic, since it is a means of evidence endowed with fragility and attached to judicial misunderstanding, due to the procedures adopted during criminal prosecution, such as the photo album presented to victims and witnesses in the context of criminal proceedings. of the police station, with the purpose of identifying the criminal authorship, which results in the arrest of countless innocent people, for various factors. Furthermore, it is imperative to highlight the vulnerability of this type of recognition in terms of disagreement with the procedural aspects provided for in article 226 of the Criminal Procedure Code. Finally, to achieve the intended objective, the method applied to the study was through bibliographic research, through the analysis of Brazilian doctrine, legislation and jurisprudence relevant to the subject.

KEYWORDS: Photographic Recognition. False Memories. Non-observance of Procedures. Evidence in Criminal Procedure.

1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento de pessoas e objetos é um meio de prova previsto no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente, na inteligência do artigo 226 a 228, do Código de Processo Penal, com a finalidade de verificar e confirmar a identidade do autor ou coisa que tomaram parte no delito, possibilitando a reconstrução dos fatos, através do processo de memorização.

Ademais, esse meio de prova é usado comumente no curso da instrução criminal. Não obstante, diante da impossibilidade do reconhecimento de forma presencial, utiliza-se o reconhecimento por meio de fotografias como elemento probatório durante a persecução penal. Todavia, mesmo sendo admitido pelos tribunais brasileiros, é atinente questionar sua aplicabilidade, vez que é um procedimento extremamente passível de erros e falhas.

Nesse contexto, o reconhecimento fotográfico é um tema que tem gerado discussões tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, bem como tem repercutido no âmbito midiático, como o programa Fantástico, da Rede Globo, em razão da inobservância dos aspectos procedimentais previstos no artigo 226, do CPP, ocasionando a fragilidade e até mesmo a invalidação da prova.

Considerando as circunstâncias apresentadas, a temática se faz pertinente e atual no cotidiano brasileiro, visto que implica diretamente na liberdade do suspeito, pois um elevado quantitativo de pessoas é encarcerado inocentemente, em virtude de terem sido reconhecidas por meio de fotografias, muitas vezes, retiradas das redes sociais, ocasionando danos insanáveis na vida desses indivíduos.

Outrossim, para a realização do reconhecimento é necessário fazer uso da mente humana para a identificação do sujeito, buscando recordações acerca do fato ocorrido, como as características do sujeito e os objetos utilizados. No mais, insta ressaltar que a memória é falha e apresenta defeitos, ocasionando o esquecimento de alguns detalhes do fato, em razão de vários fatores.

Dessa forma, o presente artigo tem como objetivo mencionar os motivos que ensejam a insuficiência desse meio de prova quando utilizado, isoladamente, para ratificar a autoria delitiva, e assim, embasar sentença criminal, por ser uma prova altamente viciosa.

Nesse cenário, far-se-á, preliminarmente, a análise das noções gerais do estudo das provas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, buscando explicar alguns conceitos, tal como seu objeto e finalidade. Por conseguinte, serão abordados os princípios e garantias constitucionais norteadores do reconhecimento fotográfico.

Em seguida, será abordado o reconhecimento fotográfico, em espécie, descrevendo, inicialmente, os elementos conceituais, a aplicação à luz dos aspectos procedimentais do artigo 226, do CPP, tal como seu valor probatório com ênfase na doutrina e jurisprudência.

Em sequência, será estudado a influência das falsas memórias no ato do reconhecimento por fotografias, visando entender a complexidade da memória humana, principalmente, quando é realizado por meio de fotografias que compõem o álbum de suspeitos, ou são retiradas do Facebook/Instagram, ou até mesmo de grupos do WhatsApp.

Após tais ponderações, em última análise, como desfecho da pesquisa, serão apresentadas as conclusões do estudo realizado acerca da confiabilidade e possíveis consequências do reconhecimento fotográfico.

2 NOÇÕES GERAIS DE PROVA

2.1 Conceito de prova

Para discorrer acerca do reconhecimento fotográfico, primeiramente, é imprescindível analisar o conceito de prova, bem como seu objeto e finalidade à luz do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que, conforme Távora e Assumpção (2012, n.p.), é por meio das provas que há a realização da reconstrução de determinado fato, buscando a aproximação da realidade e, sendo assim, a “verdade dos fatos”, visando a instrução do julgador.

Cabe inicialmente mencionar que no Código de Processo Penal há previsão legal para as provas, especificamente no Título VII, do artigo 155 ao 250, aos quais são apresentados vários meios de provas admitidos, como: exame de corpo de delito, prova documental, prova testemunhal, interrogatório, acareações, reconhecimento de pessoas e objetos, e confissão.

Partindo do conceito, segundo Lima (2020, p. 657), prova traduz-se: “Em sentido amplo, provar significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real”. Para tanto, tratando-se de prova como atividade probatória, o autor assevera que “consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento.”

Ainda, segundo Lima (2020, p. 657-658) há três acepções da palavra prova. A primeira se refere à prova como atividade probatória, ou seja, é o procedimento utilizado para verificar a exatidão e veracidade dos fatos no processo. Já a segunda, é a prova como resultado, levando em consideração a formação da convicção do julgador quanto a existência ou não de determinado fato. E a última, prova como meio, trata-se do instrumento empregado que corroborou a formação da convicção do juiz, como por exemplo, a prova documental.

Para Gomes Filho (2005, p. 307), além das três acepções mencionadas acima, a palavra prova pode também ser utilizada para “indicar cada um dos dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa. É o que se denomina elemento de prova.”

Em evidência ao que ficou dito, é importante compreender o relevante papel das provas, bem como a importância desses instrumentos para a formação da convicção do magistrado acerca do fato delituoso.

Desse modo, Goldschmidt (1936, p. 256, apud Almeida, 2019, p. 10) afirma que:

O processo penal está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime).

Nesse sentido, Lopes Jr. (2019, p. 351) assevera que:

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato.

Ademais, levando em consideração a dificuldade de alcançar com precisão absoluta a verdade real dos fatos investigados, Pacelli (2021, n.p.) afirma que mesmo não sendo uma tarefa fácil reconstruir os fatos e, algumas vezes, até impossível, é dever do Estado alcançá-la, bem como é um compromisso irrenunciável, não podendo abster-se dessa obrigação.

Para Távora e Assumpção (2012, n.p.), as provas não podem ser confundidas com os elementos de informação, pois estes são obtidos na fase investigativa, caracterizando-se como indícios ou hipóteses; enquanto as provas, como abordado, são produzidas no

decorrer da ação penal, e mister se faz observar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Em corroboração, Lima (2020, p. 658) leciona que diante das alterações da Lei nº 11.690/2008, a distinção entre prova e elementos informativos está prevista no teor do artigo 155 do Código de Processo Penal, in verbis:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A teor do artigo supramencionado, o magistrado ao formar a sua convicção e fundamentar a sentença não terá como base os elementos informativos coligidos durante o inquérito policial, com ressalva das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, pois são utilizados para ensejar a ação penal, mas não para justificar uma possível condenação, bem como não há observância ao contraditório e a ampla defesa, vez que não há valor probatório nessa fase.

2.2 Objeto e finalidade da prova

É sabido que a formação das provas está intrinsecamente ligada à reconstrução dos fatos de forma dinâmica para demonstrar como ocorreu o delito. Assim, nas palavras de Lima (2020, p. 666): “Costuma-se dizer que o objeto da prova são os fatos que interessam à solução de uma controvérsia submetida à apreciação judicial”. Contudo, acrescenta que, na verdade, é impossível a retrospectiva integral dos fatos. Logo, os fatos não podem ser considerados objeto da prova, mas a verdade ou a falsidade de declarações feitas pelas partes acerca de determinado fato que convém à solução judicial.

Por outro lado, para Tourinho Filho (2012, p. 233 apud Pick, 2017, p. 15): “O conceito de fato é bastante amplo quanto à matéria processual, estendendo-se a coisas, pessoas, lugares e documentos, e somente os fatos duvidosos, que necessitam de comprovação, é que serão objeto da prova.”

Em corroboração, Rangel (2020, p. 744) leciona que a prova tem como objeto a coisa, o fato e o acontecimento, devendo ser de inteiro conhecimento do juiz, afim de que possa enunciar um juízo de valor. Ademais, afirma que o “*thema probandum*” serve de embasamento para o Ministério Público atribuir a prática da conduta.

Ademais, Nucci (2020, n.p.) assinala que o objeto da prova são os fatos, e sua exibição depende, principalmente, das partes envolvidas no litígio, devendo demonstrar a verdade mediante provas relacionadas à existência e conteúdo de uma norma jurídica.

No tocante à finalidade da prova, Nucci (2020, n.p.) ensina:

A finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso. Busca-se a verdade processual, ou seja, a verdade atingível ou possível (probable truth, do direito anglo-americano). A verdade processual emerge durante a lide, podendo corresponder à realidade ou não, embora seja com base nela que o magistrado deve proferir sua decisão.

Na mesma linha, Lima (2020, p. 660) assevera:

A finalidade da prova é a formação da convicção do órgão julgador. Na verdade, por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na fase extraprocessual, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica.

No mesmo sentido, Rangel (2020, p. 744) afirma que está relacionada à persuasão do magistrado, implicando no conhecimento e formulação do convencimento, bem como significa fazer com que os acontecimentos apresentados pelas partes convençam o órgão julgador acerca da sua veracidade.

Destarte, levando em consideração a importância dos princípios norteadores do processo penal, há que se tratar dos princípios concernentes às provas, abordados a seguir.

3 PRINCÍPIOS ATINENTES ÀS PROVAS

Para estudar a produção de provas no direito processual penal brasileiro é fundamental introduzir os princípios e garantias constitucionais norteadores desse instrumento, vez que são de grande importância para assegurar o exercício dos direitos aludidos.

3.1 Devido Processo Legal

O referido princípio tem previsão legal na Constituição Federal, no artigo 5º, LIV, in verbis: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Conforme os ensinamentos de Capez (2016, p. 115), o princípio em análise busca garantir à pessoa todos os direitos previstos em lei, assegurando sua liberdade e seus bens, ao qual apenas serão privados mediante processo legal.

Dessa forma, Lopes (2011, p. 7) conceitua:

Consiste na garantia de que uma pessoa somente será privada de sua liberdade ou de seus bens, por meio de um processo desenvolvido de acordo com o estabelecido em lei. O devido processo legal assegura às partes a existência de um processo conforme as normas preexistentes razoáveis e justas.

Nesse sentido, com relação aos direitos inerentes ao acusado, Capez (2016, p. 115) sustenta que é garantida a plenitude de defesa, podendo o réu ser ouvido e informado acerca dos atos processuais, bem como é dado o direito de constituir defesa técnica e se manifestar após a acusação.

Dessarte, Rangel (2019, p. 57) ensina: “A tramitação regular e legal de um processo é a garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não prevista em lei.”

Noutras palavras, conforme a ideia apresentada, todo processo deve estar em consonância com as normas previstas no ordenamento jurídico, sendo assegurada a sua observância, adotando todas as garantias constitucionais.

3.2 Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência está expressamente consolidado na inteligência do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal da República, in verbis: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, bem como no artigo 8º, do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Ademais, esse direito também possui previsão legal na Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 11.1, dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.”

Assim, conforme as lições de Lima (2020, p. 47), esse princípio está atrelado ao trânsito em julgado da ação, sendo o indivíduo considerado inocente durante todo o curso do processo, utilizando-se dos meios de provas permitidos para apresentar sua defesa e contrapor as provas alegadas pela acusação, com fulcro nos princípios da ampla defesa e contraditório, respectivamente.

No mesmo sentido, Lopes Jr. (2019, p. 364) leciona:

Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão efetivamente tratar o réu como inocente, não (ab)usando das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando que a partir dela se atribui a carga da prova integralmente ao acusador (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador).

Ainda segundo Lopes Jr. (2019, p. 364), o princípio supramencionado considerado “dever de tratamento” garante, em regra, a absolvição do acusado, visto que mediante dúvida acerca da autoria do delito, o réu deverá ser considerado inocente e, assim, aplicado ao seu favor o *in dubio pro reo*, como “regra de julgamento.”

Na mesma linha está o posicionamento de Pacelli (2020, n.p.) no que se refere ao tratamento conferido ao acusado, em que a prisão deverá ser devidamente fundamentada na decisão do julgador, tracejando a necessidade e indispensável medida adotada.

Em corroboração, ao tratar do tema, Beccaria (1764, p. 62-63) afirma: “Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz (...). Com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou.”

Por conseguinte, acerca do ônus da prova, Almeida (2019, p. 25) sustenta que a responsabilidade por produzir provas recai sobre o órgão acusador, tendo este o dever de reuni-las e apresentá-las em juízo. Contudo, em respeito à presunção de inocência, cabe ao magistrado absolver o acusado diante da insuficiência probatória.

3.3 Contraditório e Ampla Defesa

Os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa estão expressamente consolidados no artigo 5º, LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Nas palavras de Lopes Jr. (2019, p. 370):

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do

acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas).

Em evidência ao que ficou dito, é possível concluir que o princípio do contraditório fundamenta-se na efetiva participação do acusado no ato de refutar as alegações apresentadas pela acusação, confrontando as provas constituídas em todas as partes do processo, com a finalidade de convencer o julgador.

No mais, Nucci (2020, n.p.) preleciona que o referido princípio do contraditório se refere à alegação dos fatos ou às provas apresentadas por uma das partes, devendo a outra parte contrarrazoar e expor sua manifestação, com a justa observação do direito à liberdade e a presunção de inocência do acusado.

Ainda nesse sentido, Lima (2020, p. 56) menciona dois elementos do contraditório, sendo o direito à informação e o direito de participação. O primeiro, decorre do fato de que deve existir um processo penal dotado de eficácia e justiça, ao qual a parte contrária seja sabedora da demanda, bem como das alegações pleiteadas pela parte adversa. No que tange ao segundo elemento, é assimilado como a eventualidade de se manifestar, reagir ou contrariar as alegações apresentadas em juízo pela parte oposta.

No tocante ao princípio da ampla defesa, para Pick (2017, p. 28), insta ressaltar que está indissolavelmente relacionada ao princípio do contraditório, visto que é do contraditório que surge o direito de proteger as partes do processo, sendo autor e réu, enquanto a ampla defesa é exclusivamente ligada ao acusado.

Desta feita, Silva (2021, p. 30) sustenta que é possível subdividir o princípio analisado, em dois aspectos, quais sejam:

A ampla defesa subdivide-se em defesa técnica (processual ou específica), exercida por advogado constituído, nomeado ou defensor público, e autodefesa (material ou genérica), exercida pelo próprio acusado em determinados momentos no processo, como o interrogatório policial e judicial.

Com efeito, para Pick (2017, p. 29), a defesa técnica é irrenunciável, pois conforme previsto no art. 564, III, "c" do CPP, deve ser garantida ao acusado, sob pena de nulidade absoluta. Por outro lado, a autodefesa é renunciável, visto que o acusado tem o direito de manter-se em silêncio, e dessa forma deixar de responder as perguntas feitas em sede policial e/ou em juízo.

Nas lições de Lima (2020, p. 59), a ampla defesa permite ao acusado ter um tratamento diferenciado com relação à parte contrária (acusação), pois há diversos privilégios ao seu favor, como por exemplo: recursos privativos da defesa, a proibição da

reformatio in pejus, a regra do in dubio pro reo, a previsão de revisão criminal exclusivamente pro reo, dentre outros. No mais, insta ressaltar que esse tratamento recebido pelo acusado é vislumbrado mediante o princípio da igualdade.

3.4 Princípio do nemo tenetur se detegere

Em matéria probatória, o princípio em questão, também conhecido como princípio da não autoincriminação, assegura o direito de permanecer em silêncio, ou seja, ninguém será obrigado a produzir prova contra si próprio, bem como garante ao acusado proteção à integridade física e psíquica, uma vez que prevê a não participação na formação da culpa, tal como à dignidade da pessoa humana e à capacidade de autodeterminação do sujeito (PACELLI, 2021, n.p.).

Por outro lado, para Lima (2020, p. 74-75), há um equívoco comparar o direito de silêncio ao princípio do nemo tenetur se detegere, pois o direito de permanecer calado é apenas uma garantia insculpida no princípio da não autoincriminação dada ao acusado, ao qual este jamais poderá ser obrigado a falar, evitando que haja a produção de provas contra si.

Em corroboração, Lopes Jr. (2019, p. 375-376) leciona que o sujeito passivo não poderá ser compelido a participar de qualquer atividade incriminadora ou que seja prejudicial à sua defesa, salvo a extração de material genético, com fundamento na Lei 12.654/2012. Assim, o réu não será prejudicado juridicamente ao omitir sua colaboração em atividade probatória, tal como optar por ficar em silêncio no momento do interrogatório (art. 186 do CPP).

4 RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

4.1 Conceito

Inicialmente, mister se faz abordar de forma breve o conceito de reconhecimento e, posteriormente, analisar sua aplicabilidade com fulcro no Código de Processo Penal.

No que concerne ao significado, segundo Aranha (2004, p. 222), o reconhecimento pode ser visto sob o ponto de vista procedimental, eivado de formalidades, ao qual um indivíduo envolvido nos fatos é chamado para confirmar e identificar se uma determinada pessoa ou objeto que lhe é apresentado esteve em algum momento passado.

Ademais, para Dezem (2008, p. 249), esse conceito vislumbra dois aspectos: a formalidade e a informação. O primeiro indica que o reconhecimento deve seguir o disposto no ordenamento jurídico. E, o segundo, faz alusão à memória humana, ao qual a

vítima/testemunha deverá fazer uso da experiência cognitiva no momento da identificação.

Superado o conceito, a seguir serão abordadas as questões procedimentais do referido reconhecimento.

4.2 Reconhecimento fotográfico à luz do artigo 226 do CPP: aspectos procedimentais e valor probatório

O reconhecimento fotográfico – meio de prova inominada – não possui previsão legal no Código de Processo Penal, apesar de ser muito utilizado em sede policial para identificar possíveis autores através do álbum de fotografias de pessoas com antecedentes criminais. Porém, para que seja aplicado é necessário observar, como regra, as recomendações do artigo 226, do CPP, caracterizando-se como ato preparatório, antecedendo a prova denominada reconhecimento pessoal, sendo inadmissível sua aplicação como substitutivo desta (ALMEIDA, 2019, p. 49-50).

Com relação a aplicação desse método, Nucci (2020, n.p.) enfatiza que embora seja aceito como prova deve ser utilizado com prudência, vez que identificar uma pessoa mediante fotos não é tarefa fácil, pois o resultado pode ser diverso do esperado, fugindo da verdade real dos fatos e ficando sujeito a falhas, reduzindo, assim, a credibilidade do reconhecimento. Ademais, alerta que a aplicação ocorra em casos excepcionais, com a devida observância dos incisos I, II e IV, artigo 226 previsto no CPP.

Nesse passo, segue o texto do referido artigo:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Preliminarmente, antes de realizar o reconhecimento de pessoa ou objeto, para Dezem (2008, p. 250), o identificador deverá descrever detalhadamente as principais características do autor, podendo abster-se dessa tarefa caso mencione uma característica “única” e “isolada” da pessoa reconhecida.

No tocante ao procedimento, Mousinho (2017, n.p.) propõe que a vítima seja encaminhada, primeiramente, para fornecer informações referentes às características do autor, o chamado retrato-falado (perícia iconográfica), antes da identificação por meio das fotografias, visto que as características armazenadas na memória podem causar equívoco com as das fotografias.

Segundo Lopes (2011, p. 51), a fase de descrição das características é de suma importância para averiguar se a pessoa responsável pelo reconhecimento tem recordações acerca de alguma coisa ou dado do autor para que seja apresentado no momento da identificação.

Posteriormente, com fulcro no inciso II do artigo supracitado, para Nucci (2020, n.p.), a autoridade policial deverá apresentar várias fotografias ao reconhecedor para que aponte a pessoa descrita anteriormente.

Por fim, tendo como fundamento o inciso IV, Lopes (2011, p. 56-57) leciona que essa fase é de elaboração dos autos, ao qual serão transcritos e documentados todos os atos realizados durante o reconhecimento. Ademais, destaca que sem a referida documentação, toda a fase de reconhecimento será inválida.

No que concerne ao valor probatório, essa espécie de reconhecimento, conforme Pick (2017, p. 49), é comumente aplicada com o objetivo de identificar o autor do delito no decorrer da persecução penal, quando este se recusa ao reconhecimento pessoal, ou quando por alguma razão alheia à investigação, bem como quando não houver indicação mínima de autoria do delito.

Partindo dessa premissa, Pacelli (2021, n.p.) ensina que o reconhecimento por fotografias não poderá, em hipótese alguma, possuir o mesmo lastro probatório do reconhecimento de pessoas, em virtude da complexidade da comparação entre uma fotografia e uma pessoa. Por outro lado, o autor afirma que esse meio de prova deverá ser aplicado com ressalva em alguns casos, quando for preciso corroborar as demais provas.

Com efeito, esse meio de prova poderá ser aplicado de forma excepcional, subsidiariamente, uma vez que conforme destaca Lopes (2011, p. 131), “o reconhecimento fotográfico é aquele realizado diretamente sobre a imagem do acusado. Não há uma observação direta sobre o imputado, mas sobre a sua fotografia.”

Na mesma linha, Lopes Jr. (2019, p. 498) frisa que o reconhecimento por fotografias é um exemplo de prova inaceitável que apenas pode ser empregado como ato de preparação do reconhecimento de pessoas, com fundamento no artigo 226, I, do CPP, aplicado quando o réu exerce seu direito de permanecer em silêncio e se escusa de participar no todo ou em parte do ato do reconhecimento de pessoas. Destaca, ainda, que o meio de prova estudado jamais poderá substituir o reconhecimento pessoal.

Noutro giro, para Souza (2014, p. 245-246), o reconhecimento fotográfico é considerado meio de prova irrepetível, e mesmo diante da observância do procedimento legal referente ao reconhecimento pessoal, não há igualdade entre ambos, visto que o reconhecimento por fotografia é uma modalidade, meio atípico ou meio de prova inominada, podendo ser admissível pelo julgador.

Távora e Alencar (2014, p. 594) ratificam a posição classificando o reconhecimento fotográfico como meio de prova inominada, em razão da ausência de previsão no ordenamento jurídico brasileiro e aspectos procedimentais exclusivos. No mais, destacam o posicionamento dos tribunais superiores, ao qual admitem a aplicação do meio de prova inominada, desde que devidamente confirmada por outros meios de provas.

De forma contrária, Aranha (2004, p. 228) ressalva que o processo penal prevê apenas o reconhecimento pessoal, e não o reconhecimento fotográfico, sendo este inadmissível como meio de prova, posto que não há previsão na lei processual. No mais, destaca que no reconhecimento de pessoas é possível observar “elementos profundamente valiosos” através da exibição da pessoa no “ao vivo”, o que denomina de “fisionomia motriz”, ou seja, as características de cada indivíduo, objetivo que não é possível alcançar mediante fotografias.

Esgotados os procedimentos essenciais para a realização do reconhecimento fotográfico à luz do artigo 226, do Código de Processo Penal e seu lastro probatório, importante se faz estudar este meio de provas com base na jurisprudência brasileira, como se passa analisar a seguir.

4.3 Jurisprudência aplicável ao reconhecimento fotográfico

A aplicação do reconhecimento fotográfico já foi por diversas vezes matéria discutida nos tribunais superiores. Ademais, conforme o HC 669.987/SP, a jurisprudência brasileira admitia a utilização do reconhecimento fotográfico em sede policial, bem como

considerava o artigo 226, do Código de Processo Penal como “mera recomendação” e sua inobservância não acarretaria a anulação da prova. Com isso, vale destacar o seguinte trecho:

As disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei” (AgRg no AREsp n. 1.054.280/PE, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe de 13/6/2017).

Entretanto, a Sexta Turma da Corte do Superior Tribunal de Justiça (STJ), aos 27 de outubro de 2020, por ocasião do HC 598.886/SC, após uma análise minuciosa acerca do procedimento aplicado ao reconhecimento de pessoas tanto presencial quanto fotográfico, adotou novo entendimento para o artigo 226 do CPP, e tem se firmado no seguinte sentido:

O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. (HC 598.886/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020)

Diante da nova interpretação, com base no HC 598.886/SC, tem-se que o entendimento jurisprudencial acerca do reconhecimento por meio de fotografias é admitido em sede policial, desde que conduzido conforme a lei processual penal e, como tal, devidamente confirmada em juízo sob à luz do contraditório e da ampla defesa, nas seguintes condições:

1.1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 1.2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 1.3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de

reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva com base no exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 1.4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo. (HC 598.886/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020)

Para o Ministro Rogério Schietti Cruz, relator do Habeas Corpus supramencionado, mesmo que o reconhecimento seja realizado em conformidade com o artigo 226, do CPP, não deve ser considerado uma etapa que antecede o reconhecimento pessoal, mas como uma das diversas possibilidades de apurar a autoria delitiva, levando em consideração outras diligências admitidas na fase investigatória. Assim, conclui que não é possível condenar o acusado com base em provas que apresentam desacordo com as formalidades legais.

Nesse diapasão, para Fraga (2020, p. 9) é perceptível que, atualmente, os tribunais apresentam posicionamento pacificado com relação ao reconhecimento fotográfico, no sentido de que não é permitido prolatar sentença condenatória com base unicamente no reconhecimento por fotografias, sem a devida corroboração com outros meios de provas admitidas no Processo Penal, principalmente no que concerne ao reconhecimento em juízo.

Por todo exposto, além da inobservância dos aspectos procedimentais previstos em lei, outro fator é a influência do estado psicológico na memória humana, o que passa a analisar a seguir.

5 AS FALSAS MEMÓRIAS E O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

5.1 Álbum de suspeitos em sede policial

No Brasil, mais precisamente nos Distritos Integrados de Polícia (DIP's), é comum a identificação de suspeitos através do álbum de fotografias, também chamado "catálogo de suspeitos" composto por fotos de indivíduos com algum antecedente criminal, ou seja, que foram presos anteriormente, e ocorrem em razão de não haver dados suficientes para identificar o autor do delito.

Conforme Lopes (2011, p. 88), quando ocorre algum delito e não há informações e/ou dados acerca da autoria delitiva, a polícia apresenta à vítima o álbum de fotografias, a fim de realizar a identificação do sujeito, ou seja, que o reconhecedor aponte algum dos suspeitos, com o objetivo de iniciar a fase investigativa.

Na mesma linha, assevera Gentil (2021, p. 61): “Ter sua foto em um álbum desse tipo significa poder ser reconhecido a qualquer momento como o autor de um delito.”

Ademais, Lopes Jr. (2019, p. 502) salienta que essa forma de reconhecimento é um meio de prova prejudicial, e no que se refere aos “álbuns de fotografias” presentes nas dependências policiais, alega que estes podem comprometer provas futuras, como o reconhecimento pessoal, visto que a vítima/testemunha, pessoa responsável pelo reconhecimento, quando chamada para analisar as fotos formula uma percepção prévia que culmina no comprometimento, de tal forma, da memória.

Dessa forma, conforme Almeida (2019, p. 50), o reconhecimento não deveria ser feito diretamente através da análise de fotografias, pois dá a entender que há suspeitas acerca da autoria do delito, em razão da composição do “álbum de fotografias” existentes nas delegacias, mas o ideal seria a pessoa relatar como é o suspeito antes de analisar as fotos, conforme o previsto no artigo 226, I, do CPP, procedimento realizado para reconhecimento pessoal.

No mesmo caminho, Lopes Jr. (2019, p. 502) assinala: “Portanto, é censurável e deve ser evitado o reconhecimento por fotografia (ainda que seja mero ato preparatório do reconhecimento pessoal), dado a contaminação que pode gerar, poluindo e deturpando a memória.”

Em outros dizeres, elucida Gentil (2021, p. 60) que mediante incerteza da vítima/testemunha no momento do reconhecimento, o julgador não deverá hesitar em aplicar o princípio do “in dubio pro reo”, ao qual implica dizer: na dúvida seja a favor do réu, assim, evitando que um inocente perca sua liberdade e seja condenado por um crime que não cometeu.

É o caso de Flávio Silva Santos, jovem negro de 30 anos, que teve sua liberdade retirada por 2 anos e meio após ser acusado de participar de assalto em sítio na Região Metropolitana de São Paulo no ano de 2019, e ser integrante do grupo envolvido. Após identificação na delegacia por meio de uma foto do Facebook, foi condenado a 13 anos de prisão. Decorrido alguns anos cumprindo pena, a defesa do réu mediante provas apontou as irregularidades na identificação fotográfica conduzida na delegacia. E, como resultado, obteve êxito na atuação, implicando na absolvição do acusado por habeas corpus do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme matéria disponível no site JuriNews.

No caso em questão, conforme relatório do HC 669.987/SP, o reconhecimento do acusado ocorreu em sede policial sem a devida observância das formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal, bem como sem amparo em outras provas, tendo sido o suspeito reconhecido por apenas uma das vítimas, mediante ausência de certeza, baseando-se em apenas uma foto, configurando, assim, o induzimento de falsas memórias. É importante mencionar que também foi realizado o reconhecimento pessoal após um ano contado da ocorrência do fato, tendo somente a apresentação do réu com duração de poucos minutos, sem que a vítima tivesse em mente características fisionômicas e/ou físicas do indivíduo, em razão da influência do decorrer dos anos e dos traumas sofridos.

Com efeito, o exemplo supracitado é um caso recente, com absolvição pelo STJ no mês de maio deste ano. Dessa forma, com embasamento no acórdão supracitado, é nítida a importância de observar minuciosamente o art. 226 do CPP, uma vez que o meio de prova utilizado no caso em questão pode conduzir o julgador a equívocos, quando não corroborado em juízo através do reconhecimento pessoal realizado de maneira cautelosa, sendo também um grande perigo, pois as fotografias apresentadas poderão implicar na formação de falsas memórias, resultando no apontamento de pessoa diversa da causadora do delito.

Após análise do caso, e com fulcro no HC 669.987/SP, é imperioso destacar que o reconhecimento fotográfico aplicado como substituto do reconhecimento pessoal é insuficiente para ensejar uma condenação criminal, vez que é um procedimento frágil para justificar o encarceramento de um indivíduo. E, quando for aplicado ambos os tipos de reconhecimento, ou seja, tanto o fotográfico quanto o pessoal, é de suma importância seguir as recomendações previstas no Código de Processo Penal.

Em outras palavras, Pick (2017, p. 53) enfoca que a vulnerabilidade do reconhecimento por diversos fatores pode acarretar desacerto, iniciando pela capacidade de memorização humana variável, a similitude entre os rostos apresentados, as condições no momento da observação, como o tempo de reconhecimento e a visibilidade, o estado emocional do reconhecedor e seu desejo de apontar a pessoa certa para alcançar um resultado positivo, bem como a autossugestão.

Desse modo, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro realizou uma pesquisa entre janeiro e junho de 2021, no qual identificou que 80% dos réus presos mediante reconhecimento fotográfico cumpriram mais de um ano da pena em regime fechado. Os dados são: "Dos 242 processos analisados pela Defensoria, os réus foram absolvidos em 30% dos casos. Entre eles, mais de 80% (54 pessoas) estavam com a prisão preventiva decretada - há quem tenha passado quase seis anos encarcerado preventivamente até a absolvição". (G1 RJ, 2022)

Por todo o exposto, em conformidade com o acórdão mencionado, necessário se faz a reformulação do ordenamento jurídico brasileiro no que concerne aos meios de provas, devendo o reconhecimento fotográfico em hipótese alguma ser aplicado sem a devida corroboração de outros elementos probatórios, observando o inteiro teor do artigo 226, do CPP, com toda cautela necessária, havendo nulidade dos processos que não obedecerem ao rito legal.

5.2 A influência das falsas memórias

Inicialmente, antes de analisar a influência das falsas memórias no reconhecimento fotográfico, é imprescindível definir e estudar brevemente a memória em si.

Assim, segundo Izquierdo (2018, n.p): “Memória significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações”. O referido autor esclarece que aquisição se dá por meio da aprendizagem, ao qual é permitido memorizar aquilo que foi devidamente assimilado. Já a evocação, permite recordar a experiência vivida.

Em relação ao conteúdo, Gleitmann, Fridlund e Reisberg (2003, p. 343-344 apud Santos e Alves, 2019, p. 65) asseveram que a palavra memória faz referência aos processos mentais entre passado e presente, armazenando, assim, as informações adquiridas dos fatos ocorridos.

Para Flech (2012, p. 46), “A memória refere-se ao conjunto de mecanismos psíquicos responsáveis pelo armazenamento de informações e experiências vividas, possibilitando sua fixação, retenção e posterior evocação.”

Em relação ao ponto apresentado, para Izquierdo (2018, n.p), tem-se que a memória se divide em dois grupos: memória declaratória e memória procedural. A declaratória se refere aos fatos, eventos ou conhecimento. Já a procedural, faz alusão às capacidades ou habilidades motoras e/ou sensoriais, como por exemplo, nadar, andar de bicicleta, soletrar, dentre outros.

Ademais, no que concerne à memória e às falsas memórias, Gentil (2021, p. 40) assinala:

A memória humana é seletiva por natureza, com tendência a guardar informações parciais, geralmente iniciais e finais, com pouca ênfase ao conteúdo mediano, suscetível aos preenchimentos dados por esses mecanismos. Isso abre espaço às falsas memórias, que podem ser plenamente fabricadas a partir de dados inverídicos ou a partir de

criações que partem da seletividade própria dos processos mnemônicos.

Acerca dos pontos levantados pelo autor, nota-se a relevante influência das falsas memórias no momento da identificação do possível autor do delito no ato do reconhecimento.

Para Lima e Venturin (p. 857), é errôneo confundir falsas memórias com mentiras, uma vez que o agente ao prestar esclarecimentos acerca de um fato, acredita realmente que as informações prestadas são verídicas, sendo impossível distinguir a fantasia da realidade.

Nesse sentido, Stein (2010, p. 36 apud Almeida, 2019, p. 63) ensina:

As Falsas Memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas; elas são semelhantes às memórias verdadeiras, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica. No entanto, diferenciam-se das verdadeiras pelo fato de as Falsas Memórias serem compostas, no todo ou em parte, por lembranças de informações ou de eventos que não ocorreram na realidade. É fenômeno fruto do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória.

De acordo com essa noção, Matida (2020, n.p.), afirma que "vítimas e testemunhas podem não ter motivos para mentir, o que não afasta o perigo de erros honestos sejam por elas cometidos em razão de falsas memórias."

Dessa forma, para Lima e Venturin (2020, p. 858), a memória possui um grau de vulnerabilidade elevado, visto que é capaz de confundir o indivíduo por meio de elementos fantasiosos que podem mudar o curso das ações, causando um grande risco para a aplicação das leis penais, em razão de serem distorcidos da realidade.

6 CONCLUSÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso buscou analisar se o reconhecimento fotográfico como meio de prova é suficiente para ensejar condenação criminal no Processo Penal Brasileiro. Logo, tem-se como resultado do estudo que é um meio de prova vulnerável e eivado de falhas, suscetível a inúmeros erros judiciais.

Ademais, durante a persecução penal, a vítima/testemunha é chamada a reconhecer o autor do delito em sede policial. O referido reconhecimento deverá proceder-se com base no artigo 226, do CPP, ao qual, no primeiro momento, a pessoa lesada é convidada a descrever as características do suspeito; posteriormente, o suspeito será colocado ao lado de outras pessoas com características semelhantes para que o reconhecedor aponte-o; e,

por último, após a realização do reconhecimento, a autoridade policial lavrará o termo juntamente com a pessoa reconhecidora e duas testemunhas, finalizando o procedimento. Contudo, na prática é totalmente diferente, uma vez que essa forma de reconhecimento se dá por apresentação do “álbum de fotografias” ou de fotografias retiradas das redes sociais conduzidas até a delegacia pelas vítimas ou testemunhas.

Diante do exposto, constatou-se que essa prova inominada, por si só, é insuficiente para fundamentar sentença criminal, por diversos fatores, quais sejam: não seguir os ditames do artigo 226 do Código de Processo Penal, referentes aos procedimentos adotados durante o ato do reconhecimento de pessoas, bem como não ser corroborado por outros elementos probatórios. Assim, é indispensável a observância do artigo supracitado, vez não se trata mais de mera recomendação, conforme nova interpretação do Superior Tribunal de Justiça, pois é imprescindível para evitar erros judiciais e a nulidade de tal prova.

Por conseguinte, outro fator é a falibilidade da memória humana, que pode ser influenciada tanto pelo esquecimento quanto pelas emoções e ânimo do reconhecedor, tal como pelas evocações da consciência. Sabidamente, é de olvidar que a vítima/testemunha lembre-se de absolutamente todos os fatos, visto que é importante levar em consideração o estado em que encontrava no momento do delito, tomada de nervosismo, ansiedade, e um turbilhão de emoções que podem afetar a credibilidade desse meio de prova.

No mais, insta ressaltar o tempo em que a vítima esteve na presença do autor, se foi suficiente para que memorizasse seu rosto e suas características; o tempo decorrido entre o delito e o reconhecimento; o ambiente, se havia visibilidade ou não; a gravidade do delito; e, as mudanças por quais o agressor passou durante o delito e o ato do reconhecimento. Além desses, há que se falar na natureza do crime, se houve emprego de arma de fogo ou violência, impedindo a pessoa lesada de visualizar o rosto do autor.

Notadamente, há diversos fatores externos que influenciam a capacidade de memorização.

No que concerne ao “catálogo de suspeitos”, este é composto por fotografias existentes nas delegacias há algum tempo. Com efeito, é questionável se o reconhecimento realizado por meio desse álbum será dotado de credibilidade, vez que as imagens são de má qualidade, impressas em preto e branco, impedindo que o reconhecedor visualize as características corporais e expressões do sujeito, bem como é apresentado ao reconhecedor antes da descrição de suas características (art. 226, I, CPP).

Levando em consideração os variados elementos que podem acarretar a fragilidade e vulnerabilidade do reconhecimento quando realizado por meio de fotografias, é possível afirmar que o valor probatório desse meio de prova é altamente suscetível de falhas, e deve ser aplicado de forma excepcional, quando realmente não for possível fazê-lo de forma pessoal, evidentemente, que com a confirmação de outras provas.

No tocante à concepção doutrinária, alguns autores concordam que o reconhecimento por fotografias anteceda o reconhecimento de pessoas, sendo ato preparatório deste, enquanto outros desconsideram absolutamente. Por outro lado, a jurisprudência brasileira admite o reconhecimento fotográfico, desde que seja realizado conforme o artigo 226, do CPP, e a inobservância deste dispositivo tornará a prova inválida, mesmo diante da corroboração em juízo.

Isto posto, conforme a pesquisa bibliográfica, conclui-se que não é possível condenar alguém cuja autoria delitiva esteja sustentada com base, exclusivamente, no reconhecimento fotográfico.

7 REFERÊNCIAS

80% dos réus absolvidos por erros em reconhecimento fotográfico no RJ ficaram mais de 1 ano presos, diz estudo da Defensoria Pública. **G1**, Rio de Janeiro, 05 mai. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/05/05/80percent-dos-reus-absolvidos-por-erros-em-reconhecimento-fotografico-no-rj-ficaram-mais-de-1-ano-presos-diz-estudo-da-defensoria-publica.ghtml>. Acesso em: 22 mai. 2022.

ALMEIDA, F. **Análise crítica acerca do reconhecimento como prova no processo penal**. Rio de Janeiro: 2019. 93 p. Monografia de final de curso. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

ARANHA, A. Q. T. DE C. **Da prova no processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

Assembleia Geral da ONU. "**Declaração Universal de Direitos Humanos**". "Nações Unidas", 217 (III) A, 1948, Paris, Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 16. set. 2022.

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. - EbooksBrasil. 1964. - ed. Ridendo Castigat Mores.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 16 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. DF: Presidente da República. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 598.886/SC** (2020/0179682-3). Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina e Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Acórdão, 27 out. 2020. DJe 18 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 669.987/SP** (2021/0164869-1). Fernando Garcia dos Santos e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Acórdão, 11 mai. 2022. DJe/STJ nº 3392 de 16 ago. 2022.

CAPEZ, F. **Curso de processo penal**. – 23. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

DE LIMA, R. B. **Manual de processo penal**: volume único - 8. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

DEZEM, G. M. **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas**. Atualizado de acordo com as leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08. Campinas: Millenium Editora, 2008.

Exclusivo: 83% dos presos injustamente por reconhecimento fotográfico no Brasil são negros. **G1**, Fantástico, 21 fev. 2021. Disponível em:
<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/02/21/exclusivo-83percent-dos-presos-injustamente-por-reconhecimento-fotografico-no-brasil-sao-negros.ghtml>. Acesso em: 02 mar. 2022.

FLECH, L. C. **Falsas Memórias no Processo Penal**. Porto Alegre: 2012.

FRAGA, C. L. DE. **A influência das falsas memórias no reconhecimento fotográfico**. Rio Grande do Sul: 2020.

GENTIL, P. **Falsas memórias e reconhecimento fotográfico como meio de prova no processo penal**. Uberlândia: 2021: 77 p. Monografia de final de curso. Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, campus Santa Mônica.

GOMES FILHO, A. M. **“Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)” in Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. - 1 ed. - São Paulo: DPJ Editora, 2005.

Izquierdo, Ivan. **Memória**. – 3. ed. – Porto Alegre : Artmed, 2018.

LIMA, U. DE M. R. DE; VENTURIN, E. V. DE F. **O Incidente das Falsas Memórias no Processo Penal Frente ao Valor Probatório da Palavra da Vítima.** Id on Line Rev.Mult.Psic., Outubro/2020, vol.14.

LOPES JR., A. **Direito Processual Penal.** – 12 ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES, M. **O reconhecimento como meio de prova. Necessidade de reformulação do direito brasileiro.** 2011. Tese (Doutorado) - Curso de Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MATIDA, J. **O reconhecimento de pessoas não pode ser porta aberta à seletividade penal.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-18/limite-penal-reconhecimento-pessoasnao-porta-aberta-seletividade-penal?pagina=2>. Acesso em: 20 out. 2022.

MOUSINHO, C. R. P. **Peças e Práticas da Atividade Policial.** 2. ed., 2017.

NUCCI. G. DE S. **Código de Processo Penal Comentado.** - 19. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José da Costa Rica"), 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 16 set. 2022.

PACELLI, E. **Curso de Processo Penal.** - 25. ed. - São Paulo: Atlas, 2021.

PICK, C. **O reconhecimento fotográfico como meio de prova no processo penal brasileiro.** Palhoça: 2017.

RANGEL, P. **Direito processual penal.** – 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

SANTOS, G. F; ALVES, J. DE J. O. **Linhas jurídicas do triângulo.** Uberlândia: Navegando Publicações, 2019.

SILVA, B. **A (i)licitude da condenação criminal por meio do reconhecimento fotográfico como meio de prova no processo penal brasileiro.** Gama/DF: 2021.

SOUZA, S. R. DE. **Manual da prova penal constitucional.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2014.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da prova penal constitucional.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2014

STJ absolve inocente preso por 2 anos após erros em reconhecimento fotográfico. **JuriNews**, 19 mai. 2022. Disponível em: <https://jurinews.com.br/superiores/stj-absolve->

[inocente-presos-por-2-anos-apos-erros-em-reconhecimento-fotografico/](#). Acesso em: 26 mai. 2022.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. 3. tir. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

TÁVORA, N.; ASSUMPCÃO, V. **Processo Penal II: Provas - Questões e processos incidentes**. - São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em:
https://www.academia.edu/36509301/Processo_penal_II_Vol_11_Col_Saberes_Do_Direito. Acesso em: 10 out. 2022.

CONTRATAÇÃO DIRETA NO PROCESSO LICITATÓRIO: UMA EXPOSIÇÃO CRÍTICA

THALIA RIOS SANTOS:
graduanda do curso de
Direito da Universidade
Católica do Tocantins -
UniCatólica. Palmas – TO.

EMANUELLE ARAÚJO CORREIA¹

(orientadora)

RESUMO: O trabalho objetivou a visualização da contratação direta a luz da Lei nº 14.133/2021. Observando a regra constitucional de licitar, prevista no art. 37, inciso XXI da CF/88, bem como a exceção amparada na lei, onde, o processo licitatório pode e/ou deve ser instruindo sem a burocracia do processo de licitação, por meio de contratação direta, conforme assegura a Lei nº 14.133/2021, sob as formas de inexigibilidade e dispensa de licitação. O objetivo geral do estudo foi identificar através do ordenamento jurídico e doutrina as hipóteses de contratação direta, esclarecendo e estudando cada uma de suas possibilidades e espécies. A pesquisa se deu por meio da abordagem integrativa. Inclui-se estudos que trataram acerca do tema de direito administrativo, licitações e contratos administrativos, contratação direta, dispensa e inexigibilidade de licitação. Conclui-se que a Lei nº 14.133/2021, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, acentuou posicionamentos dos Tribunais de Contas quanto as inquietações presentes na lei anterior, qual seja, Lei nº 8.666/1993, readequou determinados espécies de contratação direta, prezando a realização das aquisições públicas de forma íntegra e eficiente, atendendo o interesse público, a ser utilizada de forma restritiva, como exceção ao regramento constitucional de licitar, em situações expressas no texto legal.

Palavras-Chave: Licitação. Contratação Direta. Dispensa. Inexigibilidade.

ABSTRACT: The work aimed to visualize the direct hiring in light of Law No. 14.133/2021. Observing the constitutional rule of bidding, provided for in art. 37, item XXI of CF/88, as well as the exception supported by law, where the bidding process can and/or should be instructed without the bureaucracy of the bidding process, through direct contracting, as guaranteed by Law No. 14,133 /2021, under the forms of unenforceability and waiver of

¹Possui graduação em Direito pela Faculdade UNIRG-TO; Especialização "lato-sensu" em Direito Processual Civil e Penal (2006) e em Direito Público (2007), pela Faculdade FESURV-GO; Mestrado em Direito pela Universidade de Marília-SP (2010), Doutorado em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017). Atua como advogada no Estado do Tocantins e como Professora no curso de Direito da Católica do Tocantins. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Processual Civil.

bidding. The general objective of the study was to identify, through the legal system and doctrine, the hypotheses of direct contracting, clarifying and studying each of its possibilities and species. The research took place through the integrative approach. Studies that dealt with the subject of administrative law, bidding and administrative contracts, direct contracting, waiver and unenforceability of bidding are included. It is concluded that Law No. 14.133/2021, Law of Administrative Tenders and Contracts, accentuated the positions of the Courts of Auditors regarding the concerns present in the previous law, that is, Law No. 8.666/1993, readjusted certain types of direct contracting, valuing the accomplishment of public acquisitions in an integral and efficient way, attending the public interest, to be used in a restrictive way, as an exception to the constitutional rule of bidding, in situations expressed in the legal text.

Key Words: Bidding. Direct Hiring. Waiver. Unenforceability.

INTRODUÇÃO

A licitação ou processo licitatório, é o conjunto de procedimentos administrativos para aquisição de bens ou serviços pela Administração Pública. Seu principal objetivo é escolher a melhor proposta através de critérios objetivos e impessoais para a celebração de contratos, buscando a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Sua determinação legal, presente no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, o qual, além de dispor a obrigatoriedade da realização de licitação, expressou que haverá ressalvas a regra, tema este esposado na Lei n 8.666/1993, e agora na Lei n 14.133/2021.

Noutro giro, existem determinados casos em que a Administração Pública firma contratos sem a realização da licitação, conforme exceção supramencionada, com contratação direta, através de inexigibilidade e dispensa de licitação. Esses casos são comumente confundidos com as próprias modalidades de licitação e criam uma insegurança a respeito de sua utilização e entendimento por parte dos cidadãos e dos agentes públicos.

Ante o exposto, este trabalho justifica-se pela relevância do tema e por trazer esclarecimentos sobre as hipóteses de contratação direta, que não raro é realizado de forma irregular ou maculado por uma série de irregularidades no âmbito da Administração Pública.

Este estudo tem como objetivo geral compreender a contratação direta e identificar as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, através do ordenamento jurídico e da doutrina, distinguindo a contratação direta e licitação, bem como aprofundando sobre

as duas espécies de contratação direta. E, foi realizada pesquisa com abordagem integrativa.

Este trabalho apresenta mediante o Capítulo I, o conceito da Administração Pública com subtópicos relativos às considerações gerais das licitações. No Capítulo II serão observados os princípios que regem o processo licitatório e as modalidades licitatórias, e no Capítulo III será demonstrado as hipóteses legais de inexigibilidade e dispensa de licitação.

2. CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração pública apresenta um agrupamento de funcionários públicos, serviço e órgãos designados pelo Estado com o escopo de realizar a gestão de determinados âmbitos da sociedade, como educação, saúde, cultura, dentre tantos outros, inerentes a manutenção ao corpo social.

No entendimento de Meirelles (2007, p. 25), "A administração pública, por suas entidades estatais, autárquicas e empresariais, realiza obras e serviços, faz compras e aliena bens. Para essas atividades precisa contratar. "

Assim, a Administração Pública tem como objetivo realizar atividades em razão do interesse público, e por consequente, da sociedade. O ente público tem responsabilidade para com a sociedade e nação, com a obrigação de realizar uma gestão e administração de matérias públicas, de forma ética e transparente, em concordância com ordenamento jurídico vigente.

Um dos principais aspectos para desempenho da administração pública se faz por meio da licitação, que possibilita a contratação de serviço, adquirir bens, realizar obras e publicidade, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme a necessidade da sociedade, conforme impõe o artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Segundo Meirelles (2007, p. 26) "toda licitação conduz a um contrato; todo contrato objetiva uma obra, um serviço, uma compra ou uma alienação de interesse público".

Assim, o contrato administrativo, é um instrumento que faz ocorrer à negociação vinculada à administração pública, com objetivo que incide na contratação e prestação de serviços, sendo obrigatoriamente requisitados pelos governantes.

Para Oliveira (2003, p. 27) "a Administração, por seus diferentes setores, executa diretamente as normas legais que lhes são dirigidas, para o cumprimento de finalidades públicas determinadas".

Deste modo, para administração pública exercer sua função é necessário que todo ato por ela praticado, esteja previsto em lei para que tenha validade.

2.1 PROCESSO LICITATÓRIO

O artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna de 1988 dispõe sobre a obrigatoriedade do processo licitatório para as obras, serviços, compras e alienações, ressalvados os casos explicitados na Lei nº 8.666/1993, os quais pode-se realizar contratações diretas.

Nesse toar, analisando o art. 22, XXVII, verifica-se que são obrigados a licitar, em todas as modalidades, as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988; e as empresas públicas e sociedade de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III, da mesma legislação.

Mais especificamente sobre o tema, o ordenamento jurídico dispõe da Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 14.133/2021, ambas tratando de Licitações e Contratos Administrativos, todavia, a última, revogará a primeira, a partir de abril de 2023, como ainda, a Lei do Pregão (Lei 10.520/2002) e o Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462/2011), modificando as normas referentes aos sistemas de contratação da administração pública.

Em se tratando do conceito de licitação, Di Pietro (2014, p. 273) apresenta que “A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da administração e atos e fatos do licitante.”

Diante disso, a licitação é uma forma de solicitação realizada pelo poder público destinado aos particulares para que façam a melhor proposta e que possa ter chance de ser contratado pelo mesmo.

Gasparini (2012, p. 532) aduz que:

A procura da melhor proposta para certo negócio é procedimento utilizado por todas as pessoas. Essa busca é, para umas, facultativa, e para outras, obrigatória. Para as pessoas particulares é facultativa. Para, por exemplo, as públicas (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município, autarquia) e governamentais (empresa pública, sociedade de economia mista, fundação), é, quase sempre, obrigatória, já que essas entidades algumas vezes estão dispensadas de licitar e em outras tantas a licitação é para elas inexigível ou mesmo vedada. A seleção da melhor proposta, feita segundo

critérios objetivos previamente estabelecidos, ocorre entre as apresentadas por interessados que pretendem contratar com a entidade obrigada a licitar e que atenderem ao seu chamamento, promovido mediante instrumento convocatório disciplinador de todo o procedimento, denominado, por alguns, Lei interna da licitação e do contrato.

Assim sendo, a licitação nada mais é que um conjunto de procedimentos administrativos, pelo qual a Administração Pública utiliza, em busca da melhor proposta para contratação de compras ou de serviços, assegurando a igualdade de condições a todos os concorrentes.

Di Pietro (2014, p. 373) clarifica:

A licitação como procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

No entendimento de Mello (2015, p. 532), "licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. "

Assim, pode ser observar que a licitação é a obtenção do contrato mais vantajoso conforme as necessidades públicas e a salvaguarda dos direitos aos interessados na contratação com a Administração Pública, além da garantia de desenvolvimento de polícias públicas e atuação da Administração Pública juntamente a sociedade.

2.2. OBJETIVOS DA LICITAÇÃO

De acordo com art. 11 da Lei nº 14.133/2020, os objetivos do processo licitatório são:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Nas palavras de Torres (2022, p.124, “os objetivos se apresentam como diretrizes, que nem sempre conseguirão ser observados de forma absoluta”.

O primeiro objetivo aduz a respeito da seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública. Segundo Torres (2022, p. 124):

Essa vantagem exigida na seleção licitatória tem relação com a eficiência, princípio que vincula e deve nortear as contratações pública. O gestor público deve sempre buscar a melhor e mais adequada solução para os problemas administrativos, tendo como parâmetro o interesse público e a legalidade

Assim, a proposta mais vantajosa corresponde a aquela que melhor atenda às exigências e necessidades da Administração Pública, sua seleção, dessa forma, assegura que o melhor serviço ou melhor bem, entre os disponíveis e oferecidos, seja contratado pelo ente público.

O segundo objetivo, do tratamento isonômico e justa competição, deve ser dado aos licitantes, bem como a garantia de justa competição entre eles, possui fundamento no princípio da igualdade reconhecido pela Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI.

Quanto ao tratamento isonômico, Torres explana (2022, p. 124) “o tratamento isonômico está consagrado, mesmo quando estabelecidos critérios legais diferenciadores (como algumas situações de dispensa ou exigências habilitatórias), que devem, de qualquer forma, respeitar a igualdade material”. Ou seja, independentemente da forma que se realizará uma contratação pública, o princípio deve ser respeitado e aplicado.

Destacando-se aqui o princípio da competitividade, que almeja garantir que o procedimento conduza à seleção da proposta que ofereça as melhores condições à Administração Pública, independentemente de quem a tenha oferecido.

Quanto ao objetivo de evitar sobrepreços, preços inexequíveis ou o superfaturamento na execução de bens e serviços contratados pela Administração Pública, é uma condição inerente à seleção da proposta mais vantajosa.

Conceituando os três termos utilizados no inciso III, Torres (2022, p. 125), in verbis:

Sobrepreço é o preço orçado para licitação ou contratado em valor expressamente superior aos preços referenciais de mercado, seja de apenas um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, seja do valor global do objeto, se a licitação ou contratação for por tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, semi-integrada ou integrada.

Preços manifestamente inexequíveis são aqueles que, comprovadamente, apresentam-se insuficientes para a cobertura dos custos decorrentes da contratação pretendida. (...)

Já o superfaturamento é dano econômico provado ao patrimônio da Administração, caracterizado por situações como: mediação irregular; deficiência na execução de obras e de serviços de engenharia que resulte em diminuição da sua qualidade, vida útil ou segurança, alterações no orçamento de obras e serviços de engenharia que causem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado; outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a administração ou reajuste irregular de preço.

Em suma, ao selecionar a melhor proposta, seleciona-se também aquela que oferece a melhor relação custo-benefício, o que pressupõe a inexistência de qualquer espécie de irregularidade relacionada aos valores contratados.

Reflete Torres (2022, p. 125) que “Por seu turno, o desenvolvimento nacional sustentável, enquanto objetivo da licitação, induz que as licitações sejam percebidas como instrumento de fomento ao desenvolvimento sustentável do país. ”

Trata-se, portanto, de uma disposição que confere ao processo licitatório o objetivo promover, dentro dos limites legais, transformações do ponto de vista ambiental e socioeconômico, fomentar o emprego, a preservação do meio ambiente, o desenvolvimento e inovação tecnológica, o incentivo às microempresas e empresas de pequeno porte, dentre outros pontos.

3. DAS MODALIDADES

A modalidade de licitação é o procedimento pelo qual é escolhido o licitante que será contratado. Ou seja, para a administração licitar existem diversos procedimentos, correspondendo cada um a uma modalidade de licitação.

A Lei nº 14.133/2021 trouxe inovações nesse sentido também, em seu artigo 6, incisos XXXVIII, XXXIX, XL, XLI e XLII, bem como no art. 28, estão previstas as modalidades pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo.

Ao passo que, na Lei nº 8.666/1993, art. 22, incisos I a V, as modalidades são concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão, e pela Lei nº 10.520/2002, o pregão.

Logo, as modalidades, tomada de preços e o convite, que eram previstos na Lei nº 8.666/1993, foram removidas, bem como, adicionado na nova lei a modalidade de diálogo competitivo. Nesse sentido, a nova lei também revogara a Lei nº 12.462/2011 - Regime Diferenciado de Contratações Públicas, e a Lei nº 10.520/2002, todavia, a modalidade pregão foi introduzida na nova lei.

Junto com as modalidades e seus cabimentos, são determinados critérios de julgamento das propostas, sob o termo, tipo de licitação, principalmente no artigo 33 da Lei nº 14.133/2021, sendo eles: menor preço; maior desconto; melhor técnica ou conteúdo artístico; técnica e preço; maior lance, no caso de leilão; e maior retorno econômico.

Os critérios de julgamento que já existiam na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 10.520 continuam existindo (menor preço, técnica e preço e maior lance), e o que a nova lei inova são os seguintes critérios: Maior desconto: era previsto na lei de Pregão (nº 10.520/2002), agora foi absorvido juntamente com sua antiga lei. Melhor técnica ou conteúdo artístico: será usado para concurso, visto que na lei nº 8.666/1993 não possuía nenhum critério.

Há a possibilidade de adoção do orçamento sigiloso, deixando para a autoridade responsável pela licitação decidir, porém, caso seja adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável deverá constar, obrigatoriamente, do edital da licitação, conforme parágrafo único do art. 24.

3.1. PREGÃO

A modalidade Pregão, prevista no art. 6º, inciso XLI, c/c art. 29, deverá ser obrigatoriamente utilizada quando para a contratação de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles que possuam padrões de desempenho e qualidade aptos a serem objetivamente definidos no edital por meio de especificações usuais no mercado.

Os critérios de julgamento poderão ser o de menor preço ou o de maior desconto, em virtude do §1º do art. 56, a utilização isolada do modo de disputa fechado será vedada, podendo ocorrer a disputa aberta ou aberta-fechada.

O pregão não será utilizado para contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, com exceção dos serviços comuns de engenharia, segundo o parágrafo único do artigo 29 da nova lei de licitações.

A contextualizar, nas palavras de Torres (2022, p. 218):

Serviço comum de engenharia é todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens. Noutro prumo, se o serviço de engenharia for especial, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não se enquadrando no conceito de serviço comum de engenharia, o pregão não poderá ser utilizado.

A Lei n. 14.133/2021 não extinguirá o pregão presencial, mas traz o princípio da virtualização dos atos da licitação. Recomendando preferencialmente o formato eletrônico, admitindo a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo ser registrado a sessão pública em ata e gravada em áudio e vídeo, conforme o art. 17, § 2º.

3.2. CONCORRÊNCIA

A modalidade de concorrência é definida pelo inciso XXXVIII do art. 6º para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia.

Destaca-se que não existem critérios objetivos para diferenciar hipóteses em que as obras e serviços comuns de engenharia serão contratados ou por pregão ou por concorrência, ou até mesmo uma relação de predominância entre as modalidades, caberá ao agente público responsável escolher a modalidade mais adequada, respaldado por critérios técnicos, que poderão ser objeto de questionamento pelos órgãos de controle.

A concorrência é modalidade de licitação que pode ser adotada para a licitação para as concessões de serviços públicos previstas na Lei n. 8.987/1995 e para as parcerias público-privadas descritas na Lei n. 11.079/2004, ao lado da nova modalidade denominada diálogo competitivo, art. 6º, inciso XLII.

Seus critérios de julgamento podem ser: Menor preço; Melhor técnica ou conteúdo artístico; técnica e preço; Maior retorno econômico e Maior desconto.

3.3. DIÁLOGO COMPETITIVO

Diálogo Competitivo, art. 6º, inciso XLII, c/c art. 3, será utilizado para contratações cujo objeto é complexo a ponto de a Administração necessitar da colaboração do mercado para desenvolver as alternativas capazes de atender à necessidade e/ou utilidade pública a ser suprida, quando a Administração possui relevantes incertezas sobre a definição da pretensão contratual.

Esta modalidade foi adicionada pela lei 14.133/2021, para a contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, a fim de desenvolver meios capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

O Diálogo Competitivo foi inspirado no modelo da União Europeia e sua função é oferecer soluções para as compras complexas da Administração Pública por meio do diálogo com a iniciativa privada, um exemplo de adaptação e criação de ferramentas modernas para o atendimento às necessidades da Administração

Para Torres (2022, p. 223):

A principal função do diálogo competitivo é identificar os meios que melhor possam satisfazer as necessidades públicas, em dialogo republicano com os licitantes pré-selecionados, para definir da melhor forma de atendimento à pretensão contratual e, na fase competitiva, escolher o parceiro privado apto a atendê-la.

Com base no texto legal, a Administração poderá realizar rodadas sucessivas de diálogos com os licitantes, nas quais serão gradualmente restringidas as propostas apresentadas pelos entes privados, e selecionará a solução, utilizando critérios técnicos e econômicos, para divulgar novo edital, e assim, que seja dado início à tradicional fase de competição, na qual todos os licitantes poderão realizar propostas.

Critério de julgamento: Menor preço; Maior desconto; Melhor técnica ou conteúdo artístico; técnica e preço; Maior retorno econômico.

3.4. LEILÃO

A modalidade leilão é empregada para a alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance, inciso XL do artigo 6º.

É a modalidade adotada quando a Administração Pública pretende alienar um bem que não lhe serve ou que foi objeto de apreensão. Os interessados em participar do leilão não precisarão se cadastrar previamente e não haverá fase de habilitação.

O leilão terá o seguinte rito: fase de lances, fase recursal, pagamento pelo vencedor e homologação, conforme será estipulado em edital (§ 4º do art. 31). E contará com o critério de julgamento o maior lance.

3.5. CONCURSO

Concurso é a modalidade para escolher trabalho técnico, científico ou artístico, cujo o critério de julgamento será a melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio de remuneração do vencedor da disputa, conforme o art. 6º, inciso XXXIX.

Destaca-se o fato de que, na nova lei, o julgamento por melhor técnica não tem mais proposta de preço a ser considerada na decisão final, como na havia na Lei nº 8.666/1993. Torres (2022, p. 219) aduz que "a Administração pode definir valor do prêmio a ser pago e realizar um processo seletivo focado na análise de qualidade técnica do prestador."

A lei passara a permitir que o concurso também sirva para elaboração de projeto, permitindo que o ente público estabeleça etapas prévias de entrega e contribua, interagindo com o privado, para atingir os objetivos almejados.

Nesse toar, Torres (2022. p. 2019):

De acordo com a Lei 14.133/2021, nos concursos destinados à elaboração de projeto, o vencedor deverá ceder à Administração Pública todos os direitos patrimoniais relativos ao projeto e autorizar sua execução conforme juízo de conveniência e oportunidade das autoridades competentes.

Todavia, a Administração poderá deixar de exigir a cessão desses direitos quando o objeto da contratação envolver atividade de pesquisa e desenvolvimento de caráter científico, tecnológico ou de inovação. E, os critérios de julgamento são melhor lance e maior desconto.

4. PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS

Dentre as marcantes inovações trazidas pela Lei nº 14.133/2021, há a determinação expressa de uma vasta quantidade de princípios, nesse sentido, a redação do artigo 5º, dispõe:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

A Nova Lei de Licitação trouxe os princípios constitucionais já previstos no artigo 37º da Constituição Federal, que são **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência**. Também reutilizou alguns princípios previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, que são **igualdade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo**.

E, acrescentou os demais princípios, já previstos no ordenamento jurídico, em leis, decretos e instruções normativas, sendo eles: interesse **público, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e desenvolvimento nacional sustentável**.

Apesar de haver exceção à regra constitucional de licitar, não exige a Administração Pública de seguir os princípios licitatórios em seus procedimentos de contratação direta, devendo respeitá-los em toda e qualquer aquisição de bem ou serviço realizada.

5. CONTRATAÇÃO DIRETA

Ainda que a realização de contratos pela Administração Pública exija, em regra, a obediência ao certame licitatório o legislador ressalvou hipóteses em que o gestor pode prescindir da seleção formal prevista neste estatuto, o próprio art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a obrigatoriedade do procedimento de licitação, inicia o texto resguardando "ressalvados os casos especificados na legislação".

A exceção a regra, se dá através da contratação direta, que pode acontecer de duas formas, por inexigibilidade e por dispensa de licitação.

Torres (2022, p. 404):

Quando a Lei prevê hipóteses de contratação direta dispensa e inexigibilidade, é porque admite que nem sempre a realização do certame levará à melhor contratação pela Administração ou que, pelo menos, a sujeição do negócio ao procedimento formal e burocrático previsto pelo estatuto não serve ao eficaz atendimento do interesse público naquela hipótese específica.

Nesse sentido, a inexigibilidade art. 74, é aplicada quando a Administração Pública faz a contratação de forma direta, nos casos em que o objeto do contrato é caracterizado como inviável para competição, o processo licitatório é inviável. Já na dispensa, art. 75, a lei desobriga o administrador de fazer o procedimento licitatório, ainda que seja possível competição, desde que se enquadre nos requisitos legais.

Prosseguindo, o art. 72 da Lei nº 14.133/2021 exige, expressamente, obediência a um processo de contratação direta que deverá ser instruído com os seguintes documentos: a) documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo; b) estimativa de despesa; c) parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso; d) demonstração da compatibilidade da previsão de recursos; e) comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária; f) razão da escolha do contratado; g) justificativa de preço; h) autorização da autoridade competente.

Ante o exposto no tópico anterior, pertinente se faz a menção ao seguinte entendimento de Fortini, Oliveira e Camarão (2022, p. 83):

Contudo, deve se ter como premissa que a contratação direta ao mesmo tempo que dispensa um procedimento licitatório formal e burocrático, afastando o princípio da obrigatoriedade de licitar, deve se legitimar a partir de um procedimento que faça homenagem aos outros caros princípios da contratação pública aqui tratados em razão do regime jurídico-administrativo ao qual é indissociável.

Nesse sentido, será identificado e observada as hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação.

5.1 INEXIGIBILIDADE

A hipótese de inexigibilidade tem como pressuposto a inviabilidade de estabelecer critérios de competição para a contratação, tanto nas hipóteses de aquisição, com de serviço, prestado por uma única empresa.

Torres (2022, p. 416):

No caso da inexigibilidade, em virtude da inviabilidade de competição, não há sentido em se exigir submissão do negócio ao procedimento licitatório se este não é apto (ou é prejudicial) ao atendimento do interesse público (objetivo pretendido com determinada contratação), pois, a finalidade, a razão de ser do formalismo licitatório, é tal atendimento, através de seleção da melhor proposta.

Segundo o art. 74, em seus incisos I a V, é inexigível a licitação quando inviável a competição, nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

Inexistindo outros eventuais prestadores, restaria configurada uma hipótese de inexigibilidade. Devendo sempre ser ponderado a necessidade e a exigência do procedimento licitatório em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

5.1.1. Exclusividade

A exclusividade abordada no inciso I do art. 74, define que a caracterização da exclusividade autorizadora da hipótese de inexigibilidade licitatória, além da exclusividade

comercial do produto, faz-se necessária sua necessidade específica, que aquele bem ou serviço fornecido com exclusividade seja o único apto ao atendimento do interesse público.

Pode configurar exclusividade do fornecedor quando somente uma única empresa oferece determinado produto ou serviço que a Administração Pública necessita. Assim, se apenas uma empresa pode ser a fornecedora, não existe competição, desse modo, não há possibilidade de realizar uma licitação. Caso existam outros fornecedores, capazes de atender ao interesse da Administração, é exigível a realização do certame, em busca da melhor contratação.

Mas para comprovar que apenas determinada empresa é capaz de satisfazer a Administração, a legislação solicita comprovação da exclusividade por meio de atestados, certificados e outros documentos, tal como está exposto no art. 74, parágrafo 1º:

§ 1º Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

Aduz Torres (2022, p. 419):

Interessante perceber que, embora o dispositivo indique algumas formas para a demonstração da exclusividade (atestado de exclusividade, contrato de exclusividade e declaração do fabricante), este rol é exemplificativo, pois o texto legal faz expressa referência a "outro documento idôneo.

Logo, restando demonstrado e comprovado que o objeto é fornecido ou prestado por produtor empresa ou representante comerciais exclusivos, se faz possível a inexigibilidade.

5.1.2. Artístico

Quando a contratação de inexigibilidade do profissional do setor artístico se der por intermediário, deve-se exigir a comprovação de existência de contrato de exclusividade entre a empresa ou empresário contratado e o artista

O TCU via Acórdão nº351 – 2015 Segunda câmara "Tem entendido que "o contrato de exclusividade difere da autorização que assegura exclusividade apenas para os dias

correspondentes apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento, a qual não se presta a fundamentar a inexigibilidade".

Nessa linha, o § 2º do art. 74, dispõe que o empresário exclusivo é quem possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e continua de representação do artista, bem como afasta a possibilidade de representação restrita a evento ou local específico.

5.1.3. Serviços Técnicos

Dispõe o inciso III do art. 74, que é inexigível a contratação dos serviços técnicos especializados, expressamente indicados pelo dispositivo, com natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização.

A contratação de serviço técnico é passível de inexigibilidade quando estivermos falando de um contrato de natureza predominantemente intelectual, cujo fornecedor tenha notória especialização na área. Novamente, a legislação explica como a Administração pode comprovar essa notoriedade:

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Além disso, a Nova Lei traz duas vedações a esse tipo de contrato. A primeira proibição diz que é "*vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação*" e a segunda está descrita no § 4º do art. 74 "*é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.*"

A Administração não pode contratar um profissional notório e especializado e em seguida subcontratar outro, pois assim descaracterizaria a situação de inexigibilidade.

Vale ressaltar que a notória especialização pode variar de acordo com o local da prestação contratual. Determinado profissional, pode ser reconhecido como notório especialista em uma pequena cidade ou região, ao passo que em pode ser desconhecido em grandes centros urbanos. A relatividade deve ser respeitada, a notória especialização envolve elemento subjetivo, já que se refere a uma característica do particular contratado.

5.1.4. Credenciamento

O inciso IV dispõe que objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento. O credenciamento é uma situação onde pode ocorrer uma contratação sem que ocorra competição entre os credenciados.

O credenciamento constitui instrumento identificado para abarcar situações em que, para o adequado atendimento da demanda, a Administração necessita contar com todos os fornecedores ou prestadores do serviço, que manifestarem interesse e atenderem os requisitos fixados no regulamento.

A título de exemplo, determinado município se diz aberto ao credenciamento de todos os agrimensores que estejam dispostos a cobrar determinado valor em reais por consulta, a todos especialistas credenciados a Administração pagará a consulta.

O pensamento consolidado na lei n 14.133/2021 perfaz os entendimentos do TCU via Acórdão nº 351/2010 – Plenário e Acórdão nº 3567/2014 – Plenário.

5.1.5. Aquisição ou Locação de imóvel

O inciso V do art. 74 previu como hipótese de inexigibilidade, a aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

Quando um imóvel tem determinadas características que condicionem a escolha da Administração Pública, pode-se adotar o critério de inexigibilidade de licitação. A Lei 8666 também menciona essa possibilidade, mas lá é hipótese de dispensa de licitação, enquanto na Nova Lei trata-se de uma situação inexigível.

O art. 74, § 5:

§ 5º Nas contratações com fundamento no inciso V do **caput** deste artigo, devem ser observados os seguintes requisitos:

I - avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;

II - certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;

III - justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

A hipótese de contratação direta se justifica porque, nas aquisições e locações de imóveis, há diversos fatores objetivos e institucionalmente subjetivos que impactam na definição do imóvel. Avaliar isso, em um procedimento objetivo como a licitação, provavelmente levaria a escolhas ineficientes ou soluções inseguras.

Necessário também compreender que, além da aptidão objetiva, como o tamanho ou a estrutura do bem, a escolha do imóvel apto ao atendimento na necessidade administrativa envolve fatores outros, que, embora pareçam afeitos à subjetividade, estão relacionados a finalidade pública que se visa atingir, como a localização, dimensões, valor de locação, melhor acesso através de transporte público ou proximidade com outro órgão colaborador.

5.2. DISPENSA DE LICITAÇÃO

Como supramencionado, em regra, a competição é possível na dispensa de licitação, todavia, o legislador entendeu por bem, torná-la não obrigatória.

Ainda que caracterize uma hipótese de licitação dispensável, com base nos incisos do art. 75, o gestor pode, através de justificativa, optar pela realização da licitação, haja vista, a faculdade da escolha sobre a realização ou não do procedimento seletivo.

Como se pode extrair do texto legal, são um rol taxativo de hipóteses de dispensa de licitação, não podendo o gestor criar novas hipóteses alheias as previstas na legislação federal.

5.2.1. Incisos I e II - Dispensa de Pequeno Valor

A denominada dispensa de pequeno valor admite que a contratação se dê sem a submissão ao procedimento licitatório, por motivos óbvios. Muitas vezes, os custos diretos e indiretos são bem maiores que a potencial vantagem econômica produzida pela disputa licitatória.

Um grande problema envolvendo a realização das dispensas de pequeno valor é porque, intencionalmente ou não, é corriqueiro que alguns gestores fracionem os serviços ou aquisições, gerando pequenas contratações subsumíveis ao limite de dispensa que, quando somadas, extrapolam esse limite.

Situações que são compreendidas como ilegais, representando tentativa de fuga indevida à obrigatoriedade de licitar. A grande dificuldade era definir com precisão quais os critérios deveriam ser adotados para a computação conjunta dos valores de contratações diversas, para fins de respeito ao limite da dispensa.

Sob a égide da legislação anterior, o TCU – Acórdão nº 3416/2006 - 1ª câmara, já havia indicado a incorreção da realização de sucessivas contratações por dispensas de pequeno valor para aquisição de mesmo objeto ou para prestação de serviços de mesma natureza, por caracterizar fracionamento ilícito de despesa.

O art. § 1º do art. 75 da Lei nº 14.133/2021 adotou tratamento condizente com as orientações firmadas pelo Tribunal de Contas da União, assim a legislação afirmou que para fins de aferição dos valores que atendam aos limites das dispensas de pequeno valor, deverão ser observados:

(...)

§ 1º Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do **caput** deste artigo, deverão ser observados:

I - o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;

II - o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

Assim, sendo anuidade para o inciso I, e mesma natureza no inciso II. As dispensas correção por meio eletrônico, seguindo rito pertinente para tal, conforme Instrução Normativa a tratar do assunto.

Torres (2022, p. 445):

Como já dito anteriormente, as contratações diretas por dispensa não deixam de ser modalidades anômalas de licitação, pois há certo procedimento de avaliação e seleção do contratado. Contudo, tradicionalmente, este procedimento é feito de forma sobremaneira interna e com pouca transparência, o que pode favorecer desvios. A solução apresentada pelo legislador é excelente, pois estabelece uma maior transparência e permite que empresas, mesmo não convidadas diretamente, possam apresentar suas propostas.

Nesse toar, foi publicada a Instrução Normativa SECES/ME nº 67, de 8 de julho de 2021, no Diário Oficial da União, que dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Segundo o art. 2º da Instrução Normativa, os órgãos e entidades da Administração Pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, quando executarem recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, deverão observar as regras da IN.

E, em seu §4º, expôs que utilizada nas seguintes hipóteses:

- I - contratação de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores, no limite do disposto no inciso I do **caput** do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021;
- II - contratação de bens e serviços, no limite do disposto no inciso II do **caput** do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021;
- III - contratação de obras, bens e serviços, incluídos os serviços de engenharia, nos termos do disposto no inciso III e seguintes do **caput** do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021, quando cabível; e
- IV - registro de preços para a contratação de bens e serviços por mais de um órgão ou entidade, nos termos do § 6º do art. 82 da Lei nº 14.133, de 2021.

§ 1º Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do **caput**, deverão ser observados:

- I - o somatório despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora; e
- II - o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

Nesse sentido, a lei faz com que os princípios licitatórios sejam observados e garante a melhor excitação da contratação direta pela dispensa de licitação, haja vista, dispor de meios mais rígidos e seguros. Destaca-se que mesmo as hipóteses de contratação direta se submetem aos princípios da licitação, conforme explicita o art. 50 da Lei nº 14.133/2021.

5.2.2. Inciso III - Licitação Deserta e Fracassada

O inciso III do art. 75, prevê como hipótese de dispensa a contratação de fornecedor quando, após uma tentativa frustrada de licitação, há menos de 1 (um) ano, mantidas todas as condições definidas em edital, verificar-se que não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas, e as propostas apresentadas consignaram

preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes.

A fim de compreensão, vale citar Torres (2022, p.)

Particularmente, denominamos como licitação deserta aquela na qual não surjam interessados ao certame. Outrossim, denominamos como licitação fracassada aquele certame no qual apareceram interessados, mas não foram apresentadas propostas válidas ou, mesmo tendo validade, elas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais.

Em ambas situações, a dispensa se justifica em razão do certame não produzir o resultado almejado. Na Lei nº 8.666/1993, o tema era tratado em diferentes incisos, noutro giro, a Lei nº 14.133/2021 uniu as hipóteses em um mesmo dispositivo.

A justificativa é necessária para a realização dessa contratação direta, notadamente quando ela for provocada meses após a licitação deserta ou fracassada, já que um maior lapso temporal propiciaria nova tentativa de certame.

5.2.4. Inciso V - Contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973/2004

A hipótese de dispensa prevista neste inciso V, relaciona-se às contratações de estímulo à inovação científica competentes. Através de ambientes cooperativos, conforme disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004.

Torres 2022, p. 456)

Entre outras coisas, pelos dispositivos, é possível aos entes federados e as suas agências de fomento estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas nacionais, ICT e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos e processos inovadores, além da transferência e a difusão de tecnologia.

A Lei n 10.973/2004 dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências, e dispõe de diversos dispositivos para a referida contratação.

5.2.5. Inciso VI – Contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional

Esta hipótese de contratação direta é justificada quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos, não mais por Decreto do Presidente da República, após ouvido o Conselho de Defesa Nacional) conforme previa o inciso IX do art. 24, da Lei nº 8.666/1993, mas sim, agora pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios.

Torres (2022, p. 461) alerta que o conceito aberto previsto no dispositivo não deve ser interpretado de forma ampla, sob pena de justificar, indevidamente, situações que nada merecem a permissiva legal.

5.2.6. Inciso VII - Declaração de guerra e perturbação a ordem

O dispositivo permite a dispensa de licitação nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem.

A declaração de guerra é de competência da União, disposta no art. 21, inciso II da Constituição Federal, por meio de ato privativo do Presidente da República, conforme art. 84, inciso XIX da Carta Magna, mediante autorização ou referendo do Congresso Nacional, art. 49, inciso II.

Explica FERNANDES (2014, p. 299) que, ainda que o conflito armado não chegue a se concretizar, a declaração formal já pode autorizar o uso da dispensa, pois o estado de guerra, mesmo sem efetivo conflito, já é suficiente para alterar de modo extraordinário a atividade administrativa.

CARVALHO FILHO (2005, p. 237) explana que a perturbação da ordem é a situação que afeta a paz e a disciplina social e política, gerando as medidas de estado de defesa e estado de sítio.

Assim, em casos de externos, como guerra, ou casos internos, com grave perturbação da ordem, poderia se aplicar o dispositivo em tela.

5.2.7. Inciso VIII - Emergência ou Calamidade Pública

O dispositivo admite a contratação direta nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou

calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso.

Também prevista na legislação anterior, com o prazo máximo da contratação emergencial de 180 dias, art. 24, inciso IV da Lei nº 8.666/1993, foi ampliado para 1 (um) ano, na Lei n 14.133/2021.

O § 6º do art. 75 da Lei nº 14.133/2021 definiu que deve ser considerada emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público, exigindo que sejam observados os valores praticados pelo mercado e adotadas as providencias necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa a situação emergencial.

Torres (2022, p. 463) especifica a emergência em fatores objetivos e subjetivos:

Dá-se um caso de emergência "objetivo", quando este se apresenta como resultado de um acontecimento ou situação desvinculada da vontade administrativa, como um acontecimento climático, uma enchente, um temporal, etc.

Dá-se um caso de emergência "subjetivo", quando se identifica que o gestor, por desídia, gera a situação de urgência, como nas situações de contratação emergencial para aquisição de bens que poderiam ter sido licitados anteriormente, pela reconhecida preexistência da necessidade administrativa.

Os casos de emergência subjetiva, são analisados com rigor pelos órgãos de fiscalização, haja vista que, podem ocorrer falsas justificativas para burlar o processo, causando a própria situação emergência. Nesse sentido, caracterizados os requisitos legais, em ambos fatores, objetivo e subjetivos, é possível a contratação direta.

5.2.8. Inciso IX - Aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública

O inciso IX do art. 75, traz a hipótese de dispensa da concepção racional de que pareceria ilógico que a Administração Pública concebesse um certame de disputa de ofertas para a aquisição de bens e serviços por ela mesma produzidos, através de pessoa jurídica criada para esse fim específico.

Torres (2022, p. 465)

Discorda-se do entendimento de que a licitação nesse caso seria incogitável. É sim, até porque, caso não o fosse, estaríamos diante de um caso de inexigibilidade. O certame poderá até ser necessário, prejudicando a possibilidade de dispensa, caso o preço ofertado pela pessoa jurídica pertencente à Administração seja superior ao de mercado.

Trata-se de uma faculdade permitida ao gestor, desde que verificados os elementos previstos no dispositivo legal.

5.2.9. Inciso X - União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento

Essa dispensa pode ser utilizada nas situações em que a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento. Não verificadas das finalidades, não se poderá utilizar o dispositivo para fundamentar a dispensa em outras situações de intervenção no domínio econômico.

Torres (2022, p. 467):

A necessidade de intervenção econômica para regular preços exige uma atuação rápida, incompatível com a submissão ao rito licitatório. É possível a adoção de sistemas eletrônicos e mesmo o procedimento auxiliar credenciamento, para garantir maior isonomia e impessoalidade no uso dessa hipótese de contratação direta.

Nesse caso, não será obtida pelo menor preço, mas pela satisfação do interesse primário de regular preços ou normalizar o abastecimento.

5.2.10. Inciso XI - Prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou convênio de cooperação

A hipótese de dispensa do inciso XI foi motivada pelo regime de cooperação característico aos "contratos" estabelecidos no dispositivo. Há que se diferenciar os contratos propriamente ditos daquele negócio com nítido caráter de cooperação, que se costumou chamar, genericamente, de convênio, muitas vezes tratado como "contrato em sentido amplo".

As relações que envolvem convênios entre pessoas jurídicas de Direito Público se diferenciam das relações que envolvem os entes públicos e as entidades do Terceiro Setor.

Quando a relação convenial se dá entre entes públicos, em regra, há inviabilidade de competição, sendo desnecessária a hipótese de dispensa.

Torres (2022, p. 468)

Não é cabível competição entre unidades federativas para se firmar a relação de convênio pretendida no território das demais. Não seria admissível uma disputa, entre municípios paraibanos ou paulistas, para que a prestação de serviços de educação, através de parcerias com a União, fosse feita por um deles, em todos os demais.

Da mesma forma, não seria possível um certame, entre os Estados Federados, para seleção daquele que, através de convenio com a União, realizaria prestação de determinados serviços sociais por todo o país. A autonomia federativa impõe competências específicas que geram a inviabilidade de competição, impedindo a realização de certame.

Ressalta ainda Torres (2022, p. 468), que:

Sobre outro prisma, tal atitude também materializaria uma absurda interferência nas competências constitucionais estabelecidas. A prestação dos serviços públicos de interesse local, indicada pelo art. 30 da Constituição Federal, é competência do próprio município em que a prestação deve ocorrer. Seria inconstitucional a atribuição de competência, através de convênio, para que outro Município organizasse ou prestasse tal atividade.

Ante a não possibilidade de interferência nas competências constitucionalmente estabelecidas, não há ambiente de competição possível para a prestação desses serviços por entes públicos da administração direta.

5.2.11. Inciso XII - Transferência de Tecnologia de Produtos Estratégicos para o Sistema Único de Saúde

O inciso XII do art. 75, dispõe da hipótese de dispensa que admite a contratação direta quando houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS. Que será identificado por ato da direção nacional próprio SUS, inclusive por ocasião de aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia.

Contextualiza Torres que (2022, p. 470)

A nuance deste proceder é que, sendo a dispensa uma regra geral de licitações, os estados, municípios e Distrito federal não podem criar hipóteses de dispensa para contratações específicas de seus Órgãos, mesmo que em situações pertinentes, pois há competência privativa da União para legislar sobre regras gerais de licitação, nos termos do inciso XVI do art. 22 da Constituição Federal.

Vale frisar que a hipótese de dispensa despreza a competência constitucionalmente estabelecida, fixando uma regra geral.

5.2.12. Inciso XIII - Critérios de Técnica

O inciso XII do art. 75, trouxe uma novidade, em comparação ao regime anterior, que foi a definição de uma hipótese de dispensa para contratação de profissionais que comporão a comissão de avaliação de critérios de técnica, quando se tratar de profissional técnico de notória especialização.

A hipótese de contratação direta parece relacionada à possibilidade de contratação de profissionais para a participação em comissões de contratação ou banca de avaliação, nos termos descritos pelo inciso XI do artigo 32 e inciso II do §1º do artigo 37, ambos da própria Lei nº 14.133/2021.

Torres (2022, p. 471) destaca que se trata de hipótese que exigirá certa cautela em sua aplicação, uma vez que a classificação como dispensa prescindirá de identificação da inviabilidade de competição, até então exigida para a contratação direta desse tipo de serviço especializado.

5.2.13. Inciso XIV - Associação de Portadores de Deficiência

O inciso XIV representa específica política pública de compensação ou beneficiamento dirigida aos deficientes, a quem nem sempre a sociedade brasileira garante o devido respeito e atenção. Essa preocupação tem fundamento constitucional, uma vez que o inciso IV do art. 203, da CF/88, estabelece, como um dos objetivos da assistência social, a habilitação e reabilitação de pessoas portadores de deficiência e a promoção de sua integração a vida comunitária.

Torres (2022, p. 471) :

O legislador permite, então, a contratação direta de associação de portadores de deficiência física, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra. Contudo, preocupado com possíveis abusos por parte de gestores públicos, for ressalvado trecho exigindo

que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado, os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência, bem como sejam comprovadas a inexistência de finalidade lucrativa e a idoneidade do ente associativo.

Assim, o inciso em questão positiva que a norma tenta internalizar o incentivo e o benefício social para o deficiente excluído no mercado de trabalho.

5.2.14. Inciso XV - Dispensa Para Pesquisa, Ensino, Desenvolvimento Institucional Ou Recuperação Social De Presos

O inciso XV do art. 75, permite a contratação direta por dispensa para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, capitar e executar atividades de ensino, pesquisa e extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo a inovação, inclusive para ferir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada a recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos.

Torres (2022, p. 472) salienta que:

Este dispositivo tem relação com o artigo 218 da Constituição Federal, que impõe ao Estado o dever de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e capacitação tecnológica. Contudo, estabelece vários requisitos para que seja permitida a incidência da hipótese de dispensa.

Há de se reparar que para que seja legítima a contratação direta com base no inciso XV do art. 75, é necessária a correlação do objeto com as atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional realizado pela instituição.

5.2.15. Inciso XVI – Aquisição de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação

O inciso XVI do art. 75, permite aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos estratégicos para a saúde produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, nos termos do inciso XII deste artigo, e que tenha sido criada para esse

fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

O dispositivo incluído por pressão do setor de saúde, que objetiva maior celeridade na contratação de entidades de direito privado, sem finalidade lucrativa, para aquisição de insumos estratégicos para a saúde.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, o princípio da obrigatoriedade da licitação tem previsão legal, amparada no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que determina que todos os entes federativos devem contratar mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com o fim de obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Noutro giro, no mesmo inciso do artigo supra assegura exceção à regra, em casos específicos na legislação, nesse sentido, a Lei nº 14/133/2021. Nesses casos, devido às suas próprias características, a obrigatoriedade do processo licitatório é mitigada, podendo ser realizada contratação direta, a partir do art. 72, através de inexigibilidade ou dispensa de licitação, conforme arts. 74 e 75 da Lei nº 14.133/2021.

Todavia, apesar de haver exceção à regra constitucional de licitar, não exige a Administração Pública de seguir os princípios licitatórios em seus procedimentos de contratação direta, devendo respeitá-los em toda e qualquer aquisição de bem ou serviço realizada.

A inexigibilidade art. 74, é aplicada quando a Administração Pública faz a contratação de forma direta, nos casos em que o objeto do contrato é caracterizado como inviável para competição, o processo licitatório é inviável. E tem como pressuposto a inviabilidade de estabelecer critérios de competição para a contratação, tanto nas hipóteses de aquisição, com de serviço, prestado por uma única empresa.

Ao passo que, na dispensa de licitação, art. 75, a lei desobriga o administrador de fazer o procedimento licitatório, ainda que seja possível competição, desde que se enquadre nos requisitos legais, ou seja, existe o pressuposto do princípio da competição, entretanto, existe previsão legal para a escolha da contratação direta visando atender ao interesse público de forma mais célere em razão de conveniência e oportunidade. Ainda que caracterize uma hipótese de licitação dispensável, o gestor pode, através de justificativa, optar pela realização da licitação, haja vista, a faculdade da escolha sobre a realização ou não do procedimento seletivo.

Desse modo, em face das considerações supra expendidas, o agente público deve-se atentar às disposições legais, presentes na Constituição Federal de 1988 e na Lei 14.133/2021, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ao realização as contratações públicas de forma íntegra e eficiente, visando atender ao interesse público, com atenção especial a contratação direta, que deve ser utilizada de forma restritiva, como uma exceção ao regramento constitucional de licitar, sempre de modo justificado e de forma a se enquadrar nos dispositivos legais para cada caso de inexigibilidade ou dispensa de licitação, sob risco de responsabilidade do gestor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. **Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC**, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/decreto/d7581.htm. Acesso em: 28 set. 2022.

BRASIL. Lei n 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.520/2002, de 17 de julho de 2002. **Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Lei nº. 14.133, de 01 de abril de 2021. **Institui normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 01 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 351/2010** – Plenário.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 351/2015** – 2ª Câmara.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FORTINE, Cristiana; OLIVERIA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, Lei nº 14.133/2021 de 1 de abril de 2021. Vol. I. Belo Horizonte: Forum, 2022.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.

TORRES, Ronny Charles Lopes de, **Lei de Licitações Públicas**, 13ª ed., ver., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUAS DISTINÇÕES EM FACE DO ESTADO DE DIREITO TRADICIONAL

DAYANE MACIEL BEZERRA DE CASTRO:

Mestranda em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pelo Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Integrante do Grupo de Pesquisa "Constituição, Trabalho e Acesso à Justiça" (UDF). Bolsista do FAP/DF. Advogada. Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins – Câmpus Paraíso.

Resumo: No presente trabalho será feita uma abordagem acerca do Estado de Direito, Estado Social e Estado democrático de Direito, trazendo as suas distinções e particularidades.

Palavras-chave: Estado; liberdade; igualdade.

Abstract: In the present work, an approach will be made about the Rule of Law, Social State and Democratic Rule of Law, bringing their distinctions and particularities.

Keywords: State; freedom; equality.

INTRODUÇÃO

O Estado absoluto era aquele em que o poder ficava concentrado na mão de uma pessoa. Isso acabava gerando muitas arbitrariedades.

Com intuito de mudar essa forma de Estado, surge o Estado de direito que é um estado que busca a igualdade e liberdade. Entretanto, a igualdade do Estado de direito é uma igualdade formal. Com o tempo verificou-se que essa igualdade do Estado de direito gerava muitas desigualdades.

Após o Estado de Direito, temos o surgimento do Estado social. Esse modelo de Estado buscou garantir a igualdade material, com intuito de corrigir as desigualdades sociais. Logo depois, tivemos o Estado Democrático de Direito. Alguns autores defendem que não houve uma mudança significativa do estado social para o estado democrático de direito, tendo em vista que ambos defendem a justiça social.

O método que foi utilizado na pesquisa é o dedutivo. A pesquisa se classifica como descritiva e bibliográfica.

Além desta introdução, esse artigo está organizado da seguinte forma: item 1 tratamos do Estado de Direito, item 2 trazemos o Estado Social e no item 3 falamos sobre

o Estado Democrático de Direito. Ao final fizemos as considerações finais e referências bibliográficas que foram utilizadas para a realização do presente artigo.

1. Estado de Direito

Dalmo de Abreu Dallari conceitua o Estado como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.”²

Com a criação do Estado, surge o Estado absoluto, muito bem representado pela frase *L’État c’est moi*”, traduzindo: “o Estado sou eu” de Luís XIV. Nesse modelo de Estado o poder fica centralizado nas mãos de apenas uma pessoa, sendo este poder absoluto e ilimitado. Com o passar do tempo e resultado de eventos históricos, surge o Estado de Direito. Antonio Henrique Pérez Luño afirma que:

O Estado absoluto, cuja ideologia se resumia perfeitamente na famosa frase de Luís XIV “L’Etat c’est moi” foi substituído pelo Estado de Direito, que supõe uma delimitação e regulamentação das funções do poder e a adoção de formas representativas; tudo isso diretamente orientado para a defesa dos direitos dos cidadãos. ³

Heron José Castro Oliveira nos ensina que: “o Estado de Direito surge como uma resposta ao absolutismo real, sendo uma tentativa de limitar o poder dos reis e garantir que todos sejam tratados de forma igualitária perante a lei.”⁴

Nos ensinamentos Antonio Henrique Pérez Luño, o Estado precisava ser controlado pelo direito para que se lutasse contra as arbitrariedades políticas. Com isso, surge a luta pelo Estado de direito.⁵ O autor explica ainda sobre o nascimento do Estado de Direito. Vejamos:

O Estado de direito nasceu, portanto, como uma fórmula de compromisso que implicava reunir diversas *garantias formais*,

2 DALLARI, Dalmo de Abreu Dallari. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 33. ed., 2016, p. 121.

3 LUÑO, Antonio Henrique Pérez. Direitos Humanos, Estado de direito e Constituição. Tradução de Paulo Roberto Leite. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021, p. 203.

4 OLIVEIRA, Heron José Castro. ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO (ESTADO SOCIAL): O QUE HÁ DE NOVO? Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/9815>> Acesso em: 27 jul. 2021, p. 1.205.

5 LUÑO, Antonio Henrique Pérez. Direitos Humanos, Estado de direito e Constituição. Tradução de Paulo Roberto Leite. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021, p. 231.

proclamadas por uma Constituição que consagrara a divisão de poderes e o princípio da legalidade, com uma série de *garantias materiais*, já que o primado da lei repousava em seu caráter de expressão da vontade geral e em sua imediata orientação à defesa dos direitos e liberdades dos cidadãos.⁶

O direito natural era considerado uma ameaça. Com isso o Estado de direito tratou de impregnar o positivismo jurídico, trazendo os direitos fundamentais como “uma concessão do Estado realizada através de sua positivação e se propôs como meta fundamental a consecução da seguridade jurídica”.⁷

O Estado de direito é baseado na isonomia e liberdade, sendo que esse modelo de Estado está ligado ao liberalismo.⁸

Com relação a igualdade do Estado de direito, Enio Moraes da Silva esclarece que:

O princípio de igualdade do Estado de legalidade não passava de um mero formalismo jurídico, que não alterava em nada a situação dos destinatários da lei. Ao contrário, a lei produzida nesse quadro político colhia e mantinha os cidadãos no estado em que se encontravam. A única garantia proporcionada por esse tipo de direito, como se sabe, era de uma liberdade negativa, uma abstenção do poder público.⁹

Assim, a igualdade do Estado de direito era meramente formal. As pessoas tinham uma liberdade chamada de negativa. O Estado não positivava direitos que garantissem a igualdade material. Bobbio traz o conceito de liberdade negativa afirmando que é “a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado por outros sujeitos”.¹⁰

6 LUÑO, Antonio Henrique Pérez. Direitos Humanos, Estado de direito e Constituição. Tradução de Paulo Roberto Leite. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021, p. 210.

7 LUÑO, Antonio Henrique Pérez. Direitos Humanos, Estado de direito e Constituição. Tradução de Paulo Roberto Leite. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021, p. 323.

8 OLIVEIRA, Heron José Castro. ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO (ESTADO SOCIAL): O QUE HÁ DE NOVO? Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/9815>> Acesso em: 27 jul. 2021, p. 1196.

9 SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. Disponível em: <https://www.greenmebrasil.com/wp-content/uploads/2019/09/rii_v42_n167_p213.pdf> Acesso em: 27 jul. 2021, p. 222.

10 BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediuoro, 1997, p. 48.

Essa liberdade negativa foi muito importante na época porque protegia o indivíduo contra o Estado. Entretanto, foi surgindo a necessidade de satisfazer a liberdade e igualdade reais. Antonio Henrique Pérez Luño explica que “o individualismo, assim como apoliticismo e a neutralidade do Estado liberal de Direito, não podia satisfazer a exigência de liberdade e igualdade reais de setores social e economicamente mais carentes.”¹¹

Essa liberdade do Estado de Direito trouxe um problema de desigualdade social grave, porque os trabalhadores estavam sem força diante do poder econômico da burguesia.¹²

Com isso, a sociedade começou a pressionar exigindo uma solução para esse quadro de desigualdade social. Assim, surge o Estado Social.

2. Estado Social

Com relação ao surgimento do Estado social, Enio Moraes da Silva explica que:

Evidente que o aparecimento deste não ocorreu de maneira tão simplista. Outros fatores concorreram para que isso ocorresse. Nesse sentido, pode-se mencionar: a luta de classes, perpetrada por ativistas revolucionários; a desestabilização das instituições públicas; a ascensão de trabalhadores a certos direitos políticos, especialmente ao voto e elegibilidade, com uma tendência à universalização do sufrágio.¹³

Bonavides argumenta que “o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise.”¹⁴

O Estado reconhece que a sociedade não consegue garantir a igualdade para as pessoas que se encontravam em situação desigual. Com isso, o Estado passa a intervir por

11 LUÑO, Antonio Henrique Pérez. Direitos Humanos, Estado de direito e Constituição. Tradução de Paulo Roberto Leite. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021, p. 213.

12 SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. Disponível em: <https://www.greenmebrasil.com/wp-content/uploads/2019/09/ri_l_v42_n167_p213.pdf> Acesso em: 27 jul. 2021, p. 223.

13 SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. Disponível em: <https://www.greenmebrasil.com/wp-content/uploads/2019/09/ri_l_v42_n167_p213.pdf> Acesso em: 27 jul. 2021, p. 223.

14 BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado sócila. 7. ed. São Paulo; Malheiros, 2004. p. 188.

meio de legislação em prol do social, procurando garantir oportunidades, com intuito de acabar com as desigualdades.¹⁵

Esse afastamento do Estado de Direito, conforme explica Antonio Henrique Pérez Luño “não implica, portanto, eximir a atividade dos poderes públicos da submissão estrita ao princípio da legalidade, mas tende a evitar que a normatividade constitucional possa ficar vazia de conteúdo ou desprovida de eficácia.”¹⁶

Houveram muitas mudanças no Estado social. Antonio Henrique Pérez Luño elucida que:

A transição do Estado liberal para o Estado social de direito propõe uma série importante de questões teóricas e práticas. Afirmou-se, por exemplo, que uma das mais evidentes mudanças operativas que o Estado social implica reside em atribuir aos poderes públicos a consecução da “procura existencial” (*Daseinvorsorge*), isto é, responsabiliza o governo pela tarefa de proporcionar a todos os cidadãos as prestações necessárias e os serviços públicos adequados para o pleno desenvolvimento da sua personalidade, reconhecida não apenas através das liberdades tradicionais, mas também a partir da consagração constitucional dos direitos fundamentais de caráter econômico, social e cultural.¹⁷

Os direitos sociais surgem para tentar garantir a igualdade material das pessoas que estavam em situação de desigualdade. Para que o indivíduo possa exercer sua liberdade individual ele precisa que o Estado garanta por meio de legislação e ações positivas tratamento diferenciado as pessoas em diferentes situações, com intuito de garantir a igualdade material.

3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

15 SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. Disponível em: <https://www.greenmebrasil.com/wp-content/uploads/2019/09/ril_v42_n167_p213.pdf> Acesso em: 27 jul. 2021, p. 223.

16 LUÑO, Antonio Henrique Pérez. Direitos Humanos, Estado de direito e Constituição. Tradução de Paulo Roberto Leite. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021, p. 219.

17 LUÑO, Antonio Henrique Pérez. Direitos Humanos, Estado de direito e Constituição. Tradução de Paulo Roberto Leite. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021, p. 214.

Heron José Castro Oliveira explica que “o Estado Democrático de Direito abraça a ideia de Estado Social (welfare state), visto que seu conceito em muito traz a ideia de justiça social.”¹⁸

Na busca pelo fundamento do Estado Democrático, ficamos com o que expõe José Afonso da Silva. Ele afirma que o Estado Democrático:

“se funda no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento”.¹⁹

Heron José Castro Oliveira explica que:

O fato da Constituição de 1988 definir que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, corrobora com a tese aqui defendida, de que o Estado Social surgido no início do século XX, não mudou com o “surgimento” do Estado Democrático de Direito no final do século XX, apenas ganhou um nome mais atrativo.²⁰

Paulo Roberto de Figueiredo Dantas explica que o regime democrático “é aquele em que as decisões políticas são tomadas em estreita vinculação com a vontade popular. Trata-se, em síntese, do “governo do povo”, pelo povo e para o povo”, conforme clássica definição de Abraham Lincoln.”²¹

José Afonso da Silva, afirma que são princípios do Estado Democrático de Direito:

“a) princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de

18 OLIVEIRA, Heron José Castro. ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO (ESTADO SOCIAL): O QUE HÁ DE NOVO? Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/9815>> Acesso em: 27 jul. 2021, p. 1202

19 SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, 1988, p. 20.

20 OLIVEIRA, Heron José Castro. ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO (ESTADO SOCIAL): O QUE HÁ DE NOVO? Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/9815>> Acesso em: 27 jul. 2021, p. 1202.

21 DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Foco, 2021.

uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional;

b) princípio democrático, que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º);

c) sistema de direitos fundamentais, que compreende os individuais, coletivos, sociais e culturais (titulas II, VII e VIII);

d) princípio da justiça social, referido no art. 170, caput, e no art. 193, como princípio da ordem econômica e da ordem social;

e) princípio da igualdade (art. 5º, caput e 1);

f) princípio da divisão de Poderes (art. 2º) e da independência do juiz (art. 95);

g) princípio da legalidade (art. 5º, II);

h) princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI a LXXIII).” 22

Ele afirma ainda que “a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito, portanto, consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.”²³

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Estado de direito apesar de ser um modelo de estado dotado de positivismo jurídico e que buscou trazer a igualdade e liberdade, esse modelo era de abstenção. O Estado garantia apenas a igualdade formal e não fazia nenhuma legislação ao ação para garantir a igualdade material. Ademais, a liberdade trazida por esse modelo de Estado, era a liberdade negativa.

O Estado democrático de direito, diferente do Estado de Direito, buscou garantir a igualdade material, tentando corrigir as desigualdades sociais apresentadas no Estado de

22 SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 30, dez. 1988, p. 23 e 24.

23 SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 30, dez. 1988, p. 24.

direito. Nesse modelo o Estado deixa de ser abstencionista e passa a agir para corrigir as desigualdades.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 48.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo; Malheiros, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu Dallari. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 33. ed., 2016.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Foco, 2021.

LUÑO, Antonio Henrique Pérez. Direitos Humanos, Estado de direito e Constituição. Tradução de Paulo Roberto Leite. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021.

OLIVEIRA, Heron José Castro. ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO (ESTADO SOCIAL): O QUE HÁ DE NOVO? Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/9815>> Acesso em: 27 jul. 2021.

SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. Disponível em: <https://www.greenmebrasil.com/wp-content/uploads/2019/09/rii_v42_n167_p213.pdf> Acesso em: 27 jul. 2021.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, 1988.

OS DESAFIOS PARA A ADOÇÃO DE CRIANÇAS POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO BRASIL

WELERSON FITTIPALDI REIS FREITAS:
bacharelado do curso de Direito do
Centro Universitário Católica do Tocantins.

DRA. EMANUELLE ARAÚJO CORREIA²⁴

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo demonstrar as barreiras enfrentadas por casais homoafetivos na adoção de crianças no Brasil. Para que se pudesse chegar ao resultado proposto, foi necessário realizar um estudo literário por diversas doutrinas nacionais acerca do tema, além da leitura de matérias jornalísticas contidas na internet e da própria legislação brasileira. Em decorrência de todos os dados literários e legais colhidos, foi constatado que a homofobia e que a ausência de leis específicas que punam de forma mais severa atos homofóbicos se caracterizam como as barreiras mais preocupantes para a alteração deste cenário. Diante disso, cabe ao poder público, em parceria com a sociedade civil, proteger e garantir que o direito de casais homoafetivos no tocante a adoção de crianças no Brasil seja respeitado e assegurado.

Palavras-chave: adoção, famílias homoafetivas, crianças, preconceito.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the barriers faced by homosexual couples in adopting children in Brazil. In order to reach the proposed result, it was necessary to carry out a literary study by several national doctrines on the subject, in addition to reading journalistic materials contained on the internet and the Brazilian legislation itself. As a result of all the literary and legal data collected, it was found that homophobia and the absence of specific laws that more severely punish homophobic acts are characterized as the most worrying barriers to changing this scenario. Therefore, it is up to the government, in partnership with civil society, to protect and ensure that the right of same-sex couples regarding the adoption of children in Brazil is respected and ensured.

Key-words: adoption, same-sex families, children, prejudice.

24 Orientadora, possui graduação em Direito pela Faculdade UNIRG-TO; Especialização "lato-sensu" em Direito Processual Civil e Penal (2006) e em Direito Público (2007), pela Faculdade FESURV-GO; Mestrado em Direito pela Universidade de Marília-SP (2010), Doutorado em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017). Atua como advogada no Estado do Tocantins e como Professora no curso de Direito da Católica do Tocantins. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Processual Civil.

INTRODUÇÃO

O direito é maleável e constantemente modificado em concordância com as necessidades da sociedade, dentro da seara jurisdicional, destaca-se o direito de família, uma das ramificações que mais necessitam de uma atenção especial do legislador brasileiro, pois protege o instituto mais sólido da nossa sociedade, a família.

Ao ponto que o direito de família vai se remodelando, o conceito de entidade familiar acompanha tais mudanças, de início, somente era considerado como uma família um grupo composto por homem, mulher e filhos, já hodiernamente, existem vários grupos que podem ser denominados como família, e os formados por pessoas homossexuais entram dentro destes.

É meramente corriqueiro na sociedade brasileira que um casal tenha interesse em ter filhos, eles podem ser concebidos por meio de uma gestação ou através da adoção. No caso dos casais homoafetivos, é comum que eles optem pela adoção para complementar sua família e realizar o sonho de ter um filho.

Entretanto, é preciso destacar que o Brasil é um país minimamente evoluído quando se trata de questões que envolvam pessoas homossexuais, e apesar da legislação vigente garantir aos casais homossexuais o direito de adotar em igualdade com os demais casais heterossexuais, existem barreiras que tornam todo esse procedimento mais complexo para os casais homossexuais.

O presente artigo acadêmico tem como alvo principal demonstrar as barreiras enfrentadas por casais homoafetivos no momento da adoção, a luz da evolução histórica da família e do instituto de adoção. Destaca-se que, as conclusões obtidas neste artigo têm relação com diversos eventos históricos importantes para o direito de família brasileiro e sua trajetória.

1.A FAMÍLIA

A família é constituída como uma das entidades mais antigas de todos os tempos, apesar de ter sofrido severas alterações ao longo dos milênios, sempre se manteve com o mesmo propósito, auferir valores, compartilhar afeto e proteger seus indivíduos de qualquer perigo eminente. Nessa perspectiva, é possível afirmar que nenhuma outra entidade é capaz de unir o homem como a família.

Diante disso, Pereira (2021) elucida que sem a família não existiria sociedade, sendo possível verificar que a família é o pilar mais importante de uma sociedade

organizada, fazendo com que todas as suas mudanças reflitam de forma ativa no comportamento das pessoas.

Também, Gonçalves (2021) entende a família como uma realidade sociológica que constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Logo, a família é algo atemporal e que antecede ao Estado, leis e costumes, afinal, é da família que emana todos os princípios morais e sociais existentes.

Não obstante, Dias (2016) afirma que é necessário ter uma visão pluralista da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite elencar no conceito de entidade familiar. Assim, qualquer relação afetiva entre pessoas pode ser considerada como seio familiar.

Na esfera do direito brasileiro, a Constituição Federal serviu como marco histórico no direito de família, uma vez que antes da sua criação, o conceito de família era limitado apenas ao matrimônio heteroafetivo, excluindo quaisquer relações que fugissem desse padrão e até mesmo os filhos concebidos fora do regime marital.

Conforme mencionado, a família é uma entidade sólida, que tem garantia de proteção especial por parte do ente estatal. A família é tanto a originada no sacramento do casamento quanto na formação da união estável, conforme artigo 226 da Constituição Federal de 1988:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

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

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988)

Além disso, embora o Código Civil de 2002 não tenha entabulado um conceito claro para a família, logicamente o diploma legal não se opõe a Constituição Federal, aceitando as diversas formas de família existentes e abandonando o conceito defasado de que uma família é formada apenas pela união heteroafetiva firmada no casamento.

Apesar da Constituição Federal não ter elencado todas as espécies de família existentes, incluindo as relações homoafetivas e todas as outras formas que surgiram após o ano de 1988, não significa que a proteção especial mencionada no artigo 226 é taxativa, pelo contrário, o rol é meramente exemplificativo:

Após a análise de todos os conceitos vistos até então acerca do que seria a nova família estruturada a partir da Constituição de 1988 e do Novo Código Civil, repete-se que a família hoje deve ser entendida como o agrupamento de duas ou mais pessoas, em caráter estável e ostensivo, que tem como motivo principal da sua manutenção a existência do amor e do afeto entre os seus membros, sendo que tais integrantes dessa família se ajudam mutuamente nas dificuldades cotidianas, respeitam-se como indivíduos dignos e únicos, têm comunhão de interesses e planos comuns para o futuro. Assim, obviamente, se duas pessoas de mesmo sexo vivem relação afetiva que reúne esses elementos primordiais de afeto, respeito mútuo, assistência mútua, projetos de vida comuns e comunhão de interesses, essa relação não pode ser afastada do conceito e do direito de família pelo simples fato de seus integrantes serem do mesmo sexo. (HORSTH, 2008, p. 232).

Dessa forma, nota-se que as relações homoafetivas se enquadram no conceito de família e merecem o devido respeito, proteção e igualdade por parte do estado e da sociedade.

1.1 A família homoafetiva

Não se sabe, ao certo, quando as relações homoafetivas surgiram no Brasil, mas sabe-se que elas já existem há muitos anos, todavia, é preciso voltar um pouco no tempo e lembrar o período colonial desta república. O primeiro relato que se tem notícia da chegada dos portugueses ao Brasil se dá em 1.500, três anos após a referida chegada já fora criada a primeira igreja cristã do Brasil, a Igreja católica de São Francisco de Assis do Outeiro da Glória, em Porto Seguro/BA.

Apenas com essa informação, já é possível deduzir o tamanho da influência da religião cristã na formação do Estado brasileiro, tendo em vista que os colonizadores portugueses impuseram sua cultura e religião em toda a colônia. É preciso ressaltar, ainda, que a religião cristã condena ferozmente qualquer relação homoafetiva, e consequentemente, a comunidade homossexual brasileira sempre foi marginalizada.

As cicatrizes dessa marginalização seguem até os dias atuais, e a união estável entre pessoas do mesmo sexo só foi legalizada em 05 de maio de 2011, mais de vinte anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Assim, entende Maria Berenice Dias (2016):

Só pode ser por preconceito que a Constituição emprestou, de modo expreso, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher. Ora, a nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (I.º III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Sabe-se que, o direito é maleável e deve se modificar em consonância com os costumes e necessidades de cada indivíduo, isto posto, e partindo do pressuposto igualitário contido no artigo 5º da Constituição Federal “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, conforme trecho do julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277:

(...) 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃOREDUACIONISTA. (ADI 4277/DF)

Independentemente do reconhecimento legal da unidade familiar homoafetiva, os inúmeros casais gays enfrentam demasiados entraves para conseguir aumentar sua família

através da adoção, sendo os maiores deles o preconceito e a ausência de legislação específica para punir atos homofóbicos. Nada obstante, apesar desses obstáculos, a adoção por casais homoafetivos é uma realidade mundial, surgindo pela primeira vez na Dinamarca no dia 01/07/1999.

Nesse mesmo sentido, a África do Sul, Bélgica, Espanha, Canadá e Holanda também admitem a adoção por casais homossexuais em âmbito nacional. Entretanto, o Brasil só veio reconhecer judicialmente essa realidade 11 anos após a Dinamarca, por meio da decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 27/04/2010.

Muitos indivíduos conservadores acreditam que a adoção por casais homoafetivos é algo prejudicial para o desenvolvimento de uma criança, pensamento primitivo e sem nenhuma base científica, ressaltando que o preconceito ultrapassa o processo de adotar e continua durante toda a existência de uma família homoafetiva.

De acordo com Maria Berenice Dias, é incorreto afirmar que se uma criança for adotada por um casal homossexual isso possa atrapalhar de alguma forma seu desenvolvimento psicossocial.

As evidências trazidas pelas pesquisas não permitem vislumbrar a possibilidade de ocorrência de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato de alguém ter dois pais ou duas mães. Não foram constatados quaisquer efeitos danosos ao normal desenvolvimento ou à estabilidade emocional decorrentes do convívio de crianças com pais do mesmo sexo. (DIAS, 2015).

Todos os casais homoafetivos devem ter o direito de adotar uma criança, sem qualquer distinção com os demais casais heteroafetivos que também desejam adotar, afinal, a adoção deve estar diretamente relacionada com o amor, e não com a orientação sexual de quem acolhe.

2.A ADOÇÃO

O instituto da adoção está presente na humanidade desde os primórdios da civilização, é possível verificar relatos de adoção na história, religião, ficção e mitologia.

Dentro da religião cristã, o relato mais conhecido que envolve adoção é o caso de Moisés, que foi deixado por sua mãe dentro de um cesto no Rio Nilo, como última tentativa de salvar a vida de Moisés de um decreto faraônico, que mandava assassinar todas as crianças do sexo masculino nascidas no Egito na mesma época que Moisés.

Após o cesto descer rio abaixo, foi encontrado pela filha do mesmo faraó que decretou a morte de todas as demais crianças do sexo masculino, e posteriormente, Moisés fora adotado e inserido naquela família.

Então Ihe disse a filha de Faraó: Leva este menino, e cria-mo; eu te darei teu salário. E a mulher tomou o menino, e criou-o.

E, quando o menino já era grande, ela o trouxe à filha de Faraó, a qual o adotou; e chamou-Ihe Moisés, e disse: Porque das águas o tenho tirado. (Êx 2, 9. 10).

Na ficção, temos a clássica obra cinematográfica “O Rei Leão”, a história do filhotinho de leão herdeiro de toda a savana africana, que foge das garras perversas de seu tio, após o mesmo assassinar seu pai para usurpar o trono. Depois de fugir, o pequeno leãozinho denominado de Simba é adotado por um suricata chamado Timão e seu melhor amigo Pumba, um porco selvagem.

Já na mitologia romana, existe uma história por trás da criação de Roma, em que os gêmeos Rômulo e Remo foram abandonados por sua mãe em um cesto às margens do rio Tibre, logo após, foram resgatados e amamentados por uma loba, que os criou até a fase adulta, período em que Rômulo assassina Remo e constrói a cidade de Roma.

Nesse diapasão, nota-se que, mesmo de forma implícita, a adoção está presente no cotidiano da maioria das pessoas, seja por conhecer alguém que já adotou, seja por adotar, por uma história bíblica, mitológica, ou até mesmo uma obra cinematográfica.

2.1 A adoção no Brasil

Segundo Pereira (2021), a adoção se instaurou no Brasil no período colonial e foi regida da fase Colonial até a fase Imperial pelas normas da coroa portuguesa, época em que só era transferido o poder familiar ao adotante através de um decreto real, que só poderia ser criado após o falecimento do pai biológico da criança.

O poder familiar é o conjunto de direitos e deveres que os pais possuem sobre seus filhos menores de idade, como por exemplo, o dever de proteger, assistir e criar seus filhos, bem como o direito de utilizar o método educativo que bem entender para a criação de seus dependentes, claro que dentro da legalidade e respeitando o melhor interesse da criança.

O Código Civil Brasileiro de 1916 regulamentou a adoção para que somente pessoas sem filhos pudessem adotar, o procedimento era lavrado em escritura pública e o vínculo de parentesco era estabelecido somente entre o adotante e o adotado, não

podendo o adotado receber qualquer herança dos demais parentes sanguíneos do adotante (GONÇALVES 2021).

No ano de 1965 fora criada a lei 4.655, que trouxe um novo instituto para a adoção, o qual seria a desvinculação de parentesco do adotado com sua família originária, ou seja, neste momento, os adotados poderiam carregar o sobrenome dos pais adotivos e se desvincularem do sobrenome dos pais biológicos.

Noutro ponto, em 1979 passa a vigorar o Código de Menores (Lei nº 6.697), o referido Código estendeu o vínculo familiar instituído em 1965 aos demais membros da família do adotante, e a partir desse momento os nomes dos pais dos adotantes passaram a serem inseridos na certidão de nascimento dos adotados, sem a necessidade de prévia autorização.

O Código de Menores de 1979 foi revogado em 1990 pelo atual Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que permite a adoção apenas como última alternativa, após as devidas tentativas de inserir a criança junto a sua família natural:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009). (BRASIL, 1990).

Além disso, conhecida popularmente como “Lei da Adoção”, a Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009 alterou inúmeros artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, trazendo algumas mudanças relativas à adoção de crianças indígenas e quilombolas. Um grande exemplo disso é a obrigatoriedade de respeitar a cultura indígena e quilombola da criança mesmo após a adoção (BRASIL, 1990).

Posteriormente, a lei nº 13.509 de 22 de novembro de 2017 criou a entrega voluntária de crianças para a adoção. A entrega voluntária é a possibilidade para que mães que não possuem interesse na maternidade possam entregar seus filhos para a adoção, o procedimento é feito pela Justiça da Infância e Juventude de forma sigilosa.

2.2 O processo legal da adoção

Em primeiro lugar, Gonçalves (2021) leciona acerca dos requisitos básicos para iniciar o processo de adoção legal, como ser maior de 18 (dezoito) anos e possuir diferença de idade mínima de 16 (dezesesseis) anos com o adotado.

Na mesma temática, Dias (2016) esclarece que os processos de adoção possuem tramitação prioritária e que devem durar no máximo 120 dias, prorrogáveis por mais 120 (cento e vinte) dias. A prorrogação só poderá ocorrer após uma decisão fundamentada pelo juiz do processo.

Além disso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou em seu site um passo a passo de como funciona o processo de adoção no Brasil, sendo que o primeiro passo é procurar um Fórum ou Vara da Infância e da Juventude.

Subsequente, o indivíduo deverá enviar toda a documentação solicitada, que após a devida análise documental pelo Ministério Público, será enviado até o requerente uma equipe técnica multidisciplinar do Poder Judiciário, para averiguar as motivações da adoção, a estrutura familiar e todos os demais requisitos pertinentes.

Em seguida, o Conselho Nacional de Justiça (2019) informa que os interessados deverão participar de um programa de preparação para adoção, se tratando de um dos quesitos legais obrigatórios. Neste programa, os indivíduos serão instruídos de possíveis situações que irão enfrentar após a adoção e como devem reagir diante delas.

Após garantir a certificação de participação no programa de preparação para adoção, o requerimento da adoção será vislumbrado pelo Ministério Público e Poder Judiciário no período de 120 (cento e vinte) dias. Assim, em caso de procedência, o cidadão será inserido no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento.

Depois da inserção no Sistema, o demandante deve aguardar ser chamado pelo poder judiciário, a fila de espera é cronológica e vai andar de acordo com as especificações do adotante em relação ao perfil da criança que deseja adotar.

Sendo encontrada alguma criança no perfil escolhido pelo adotante, e estando o adotante em sua vez na lista de espera, a criança será levada para residir com a parte requerente pelo período de no máximo 90 (noventa) dias, prorrogáveis por mais 90 (noventa) dias, se necessário.

O Conselho Nacional de Justiça (2019) discorre que este período é denominado como "Estágio de Convivência" e que daí em diante, o adotante deverá ingressar com ação judicial, para que seja homologada a adoção. O prazo máximo para o julgamento de tal ação é o de 120 (cento e vinte) dias.

2.3 A adoção por casais homoafetivos

No Brasil, não existe previsão legal que faça alguma distinção entre os adotantes por questões de gênero, sendo assim, os casais homoafetivos que tiverem interesse em adotar serão submetidos ao mesmo procedimento dos demais casais, passando por todos os trâmites já mencionados. No mesmo sentido, “nunca houve proibição legal expressa para tais adoções no ordenamento jurídico brasileiro, apenas interpretações contrárias ou favoráveis, de acordo com a concepção moral particular dos envolvidos em tais processos.” (PEREIRA 2021, p. 738).

Ainda, Pereira (2021) segue afirmando que para fins de adoção, os casais homossexuais devem, da mesma maneira que qualquer outro casal, demonstrar que estão casados ou em devida união estável, e que possuem estabilidade e satisfatória estrutura de núcleo familiar.

Apesar de tudo isso, não se pode esquecer que as famílias homoafetivas só foram reconhecidas no ano de 2011 pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, até esse período as diversas famílias homoafetivas sequer existiam para efeitos legais, o que evidencia a morosidade do reconhecimento de direitos pelas famílias homossexuais.

Após o reconhecimento das famílias homoafetivas pelo STF, em 05/05/2011 (Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 132), a resistência e dificuldades das adoções por casais homossexuais tornaram-se menores. (PEREIRA, 2021, p. 739).

Em razão do tardio reconhecimento da família homoafetiva, os casais homoafetivos acabavam omitindo um dos parceiros no momento da adoção, o que era totalmente prejudicial aos interesses das crianças adotadas, vez que eram criadas por dois pais - ou duas mães - e estavam vinculadas juridicamente somente a uma pessoa. Ficando totalmente desamparadas em relação ao outro pai/mãe (DIAS 2016).

Diante disso, “o não estabelecimento de uma vinculação obrigacional gerava a absoluta irresponsabilidade de um dos genitores para com o filho que também era seu. Principalmente depois do reconhecimento, pelo STF, da união estável homoafetiva, a justiça passou a conceder a adoção a casais formados de pessoas do mesmo sexo” (DIAS, 2016, p. 502).

Independentemente do reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos e conseqüentemente a concessão do direito de adotar, sabe-se que milhares de casais homossexuais ainda sofrem com diversas barreiras que os impossibilitam de exercer seu direito plenamente sem aborrecimentos.

3.O PRECONCEITO E A NEGLIGÊNCIA LEGISLATIVA COMO PRINCIPAIS BARREIRAS ENFRENTADAS POR CASAS HOMOAFETIVOS

Mesmo com todos os avanços e alterações no conceito de família e no processo de adoção já supramencionados, infelizmente, quando se refere a questões relacionadas a sexualidade e principalmente a homossexualidade, o Brasil marcha em passos lentos. O ódio e a discriminação voltada para pessoas homossexuais permanecem escancarados na sociedade brasileira, fazendo com que pessoas homossexuais tenham medo até de sair de casa, a ideia é que não se avança, apenas retrocede.

Ato contínuo, o jornal O GLOBO explanou que clínicas voltadas para o tratamento psiquiátrico de pessoas dependentes de drogas estavam realizando um tratamento voltado para a "cura gay", onde pessoas homossexuais eram submetidas a procedimentos desumanos para que se tornassem heterossexuais.

(...) o Ministério Público Federal, o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Conselho Federal de Psicologia publicaram juntos um relatório sobre visitas a 28 Comunidades Terapêuticas. Em ao menos 14 das 28 instituições, "não há respeito à diversidade de orientação sexual e de identidade de gênero". O documento descreve outras violações de direitos humanos em 16 lugares. Entre as práticas de castigo estavam privação de sono e supressão da alimentação, uso de violência física e trabalhos forçados. Em nove clínicas era disponibilizado o serviço de "resgate", como o feito com a equatoriana Zulema: internamento forçado por meio de uma equipe que vai atrás da pessoa e a imobiliza, fazendo uso tanto de violência física quanto de contenção por meio da aplicação de medicamentos. (O GLOBO, 2019)

Da mesma forma, em novembro de 2020 o site G1 também expôs uma clínica psiquiátrica na capital do Brasil (Brasília) que prometia curar a homossexualidade de seus pacientes em no máximo seis meses de tratamento.

(...) Uma clínica de hipnose que oferece, em Brasília, a "garantia vitalícia" para "tratamento do homossexualismo" (sic) será investigada pelo Conselho Regional de Psicologia (CRP). A prática da terapia de reversão sexual, a chamada "cura gay", é vedada pelo órgão e, em 2019, foi suspensa a partir de um entendimento do Supremo Tribunal Federal. (G1, 2020).

É importante elucidar que não se tratam de práticas isoladas e raras no país, a homofobia está impregnada na estrutura organizacional do Brasil, e desde criança somos

ensinados que o homossexualismo é algo maléfico para a existência do homem e que sua prática traz condenações espirituais sombrias.

Também, é necessário lembrar que já correu nos corredores do poder legislativo um projeto de lei voltado para a cura do homossexualismo no ano de 2013, a normativa visava suspender uma resolução do Conselho Federal de Psicologia que proibia o tratamento de pessoas homossexuais, vez que a homossexualidade não pode ser considerada uma patologia.

(...) O projeto Cura Gay, também conhecido pelos nomes Terapia da Reorientação Sexual, Terapia de Conversão ou Terapia Reparativa, consiste no conjunto de técnicas que tem o objetivo de extinguir a homossexualidade de um indivíduo.

Tal conjunto de técnicas inclui métodos psicanalíticos, cognitivos e comportamentais. Além disso, são utilizados tratamentos de ordem clínica e religiosa.

O assunto se tornou extremamente polêmico por se referir à orientação sexual como uma doença, já que a palavra CURA implica a eliminação de um “mal”. (EXAMEOAB, 2016).

De mais a mais, o primeiro contato com a homofobia começa na infância, onde essas pessoas – em sua maioria – são discriminadas por seus entes familiares, professores e colegas de escola por terem certos trejeitos que indicam sua orientação sexual, continua na adolescência pela sociedade e depois de adultos sofrem mais uma vez com o preconceito para conseguir formar uma família, logo, é indubitável que esses indivíduos passam a sua vida inteira lutando contra o preconceito.

Outra barreira que cerca o tema é a ausência de dispositivos legais específicos que protejam a comunidade LGBTQIA+ e que punam de forma severa os praticantes da homofobia no país. Além de tudo, a homofobia somente foi criminalizada no Brasil no ano de 2019, quando o Supremo Tribunal Federal tornou possível a aplicação da Lei do Racismo (Lei nº. 7.716/1989) aos casos de homofobia.

Segundo o site JOTA, ao menos 50 projetos de lei voltados para a causa LGBTQIA+ circulam entre as duas casas legislativas do Brasil (Câmara e Senado), sem nenhuma resolução ou aprovação, a verdade é que nenhum projeto de lei com temática homossexual foi aprovado no país desde a redemocratização e promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988.

A causa LGBTQIA+ é tema de pelo menos 50 projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, nenhum aprovado pelas duas casas desde a redemocratização. Com objetivos diversos, a maior parte das proposições está apensada a projetos similares e aguarda análise de comissões temáticas e parecer dos relatores, sem perspectiva de avanço no curto prazo. (JOTA, 2021).

Outrossim, de um lado temos um poder legislativo ativo e enérgico para apreciar e votar em projetos estapafúrdios como o da “cura gay” e do outro lado temos o mesmo Poder Legislativo ausente, moroso, que não sai de sua inercia quando se trata de reconhecer direitos básicos a pessoas da comunidade LGBTQIA+.

E sendo assim, não restam dúvidas que a população LGBTQIA+ encontra-se totalmente desamparada pelo poder público, que segue agindo da mesma maneira que agia no século XIX, ignorando a existência de pessoas homossexuais vigente no país, as discriminando, tratando a homossexualidade como doença e fomentando a homofobia estrutural. Dado que, enquanto o poder público não se manifestar de forma eficaz contra a homofobia, o sentimento de impunidade servirá como combustível para que os homofóbicos repliquem suas práticas.

Ademais, é necessário que o princípio da igualdade lecionado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 seja efetivo, e que essa efetivação seja material, para que se chegue a resultados tocáveis, alterando assim este cenário preocupante e garantindo que pessoas que integram a esfera LGBTQIA+ e os diversos casais homoafetivos possam viver e adotar com dignidade.

Diante de todas essas informações, é inegável que os casais homoafetivos enfrentam a barreira do preconceito para que consigam adotar crianças no Brasil, ou seja, existe uma revitimização constante sofrida pelas pessoas homossexuais neste país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme previamente comentado, o presente artigo teve como objetivo realizar um estudo sobre as barreiras enfrentadas por casais homoafetivos na adoção de crianças no Brasil. Por se tratar de um tema polêmico na sociedade atual, fora necessário tomar o devido cuidado para que todos os dados abordados fossem devidamente fundamentados em obras literárias, julgados, matérias jornalísticas e na legislação pátria.

Diante de tudo que foi exposto neste artigo acadêmico, ficou constatado que o preconceito e a ausência de uma legislação eficaz quanto a atos homofóbicos, configuram-se como os maiores entraves enfrentados por casais homoafetivos na adoção de crianças

no Brasil, tendo em vista que a inexistência de punições severas possibilitam a livre disseminação do preconceito no país.

Apesar da morosidade em que a população homossexual consegue ter seus direitos reconhecidos, foi possível verificar que com o passar dos anos existiu um avanço e que, talvez em um futuro próximo, será possível chegar a tão sonhada igualdade e isonomia expressas no artigo 5^a. da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA Online: Êxodo. In: **Bíblia Online** : Êxodo. Almeida Revisada Imprensa Bíblica. [S. l.], 1967. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/ex/2>. Acesso em: 17 set. 2022.

BORGES, Helena. **Homossexualidade Proibida: Os Traumas Vividos Por Pessoas Submetidas À Suposta "Cura Gay"**. Época. 2019. Disponível em: . Acesso em 08 de outubro de 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organizado por Cláudio Brandão de Oliveira.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente** e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 01 nov.2019.

BRITO, Débora. **Projetos sobre direitos LGBT caducam sem análise no Congresso**. Jota, 2021. Disponível em: < <https://www.jota.info/legislativo/projetos-sobre-direitos-lgbt-caducam-sem-analise-no-congresso-28062021> >. Acesso em: 08 de outubro de 2022.

DIGIÁCOMO , Murillo José. Criança e Adolescente: Breves considerações sobre a nova. *In*: **Criança e Adolescente**: Breves considerações sobre a nova. [S. l.], 2009. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-334.html>. Acesso em: 17 set. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev. atual. e aum. [S. l.]: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, MARIA BERENICE. Adoção homoafetiva. *In*: **Adoção homoafetiva**. [S. l.], 2015. Disponível em: <https://berenedias.com.br/adocao-homoafetiva-2015/>. Acesso em: 15 set. 2022.

EXAMEDAOAB. **Entenda o Projeto de Cura Gay**. Jusbrasil. Disponível em: <<https://examedaoab.jusbrasil.com.br/noticias/376191509/entenda-o-projeto-da-cura-gay>>. Acesso em 08 de outubro de 2022.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 18. ed. [S. /]: Saraiva, 2021. v. 6.

HORSTH, Lidiane Duarte. **Unões homoafetivas – uma nova modalidade de família?** De Jure– Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, nº 9, jul./dez. 2007.

INTERNACIONAL **Adoção por casais homossexuais já é possível em cerca de 20 países**. Lisboa, 2015. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2015-11/adocao-por-casais-homossexuais-ja-e-possivel-em-cerca-de-20-paises>. Acesso em: 19 ago. 2022.

Maria Berenice Dias. (2009). **União Homoafetiva o Preconceito e a Justiça** (Vol. 4). Rio Grande Do Sul: Revista dos tribunais.

MARQUES, Marília. **Clínica de hipnose no DF promete 'cura gay' em até seis meses; prática é proibida**. G1, 2020. Disponível em: < <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/11/08/clinica-de-hipnose-no-df-garante-cura-gay-em-ate-seis-meses-pratica-e-proibida.ghtml>>. Acesso em: 08, outubro de 2022.

O REI Leão. Direção: Jon Favreau. Intérprete: Ícaro Silva, Donald Glover, Beyoncé Knowles-Carter. Roteiro: Jeff Nathanson, Brenda Chapman. [S. /]: Disney, 2019. Disponível em: <https://www.disneyplus.com/>. Acesso em: 17 set. 2022.

PASSO a passo da adoção. [S. /], 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>. Acesso em: 17 set. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2021.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA SECRETARIA-GERAL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Diário Oficial, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

PRIMEIRAS Igrejas do Brasil. [S. l.], 11 out. 2022. Disponível em: <https://www.historia-brasil.com/colonia/primeirasigrejas.htm#:~:text=Os%20franciscanos%20foram%20os%20primeiros,de%20Gon%C3%A7alo%20Coelho%2C%20em%201503>. Acesso em: 24 jul. 2022

"**Rômulo e Remo**" em Só História. Virtuoso Tecnologia da Informação, 2009-2022. Consultado em 17/09/2022 às 15:22. Disponível na Internet em <http://www.sohistoria.com.br/curiosidades/romuloremo/>

Ruy Barbosa Marinho Ferreira. (2012). **Apresentação Das Relações Homoafetivas Nos Tribunais.** Leme - SP: Anhanguera.

Teixeira, Ana Calorlina Brochado e Rodrigues, Renata de Lima. (2010). **O Direito Das Famílias Entre Normas e a Realidade.** São Paulo: Atlas S.A.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICOS PELA PRESCRIÇÃO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS SEM EFICÁCIA COMPROVADA.

GEORGE MATHEUS RODRIGUES TEIXEIRA:
Acadêmico de Direito na Universidade Estadual do Tocantins.

ODI ALEXANDER ROCHA DA SILVA²⁵

(coautor)

Resumo: O presente artigo científico apresenta um estudo legislativo e doutrinário acerca da responsabilidade civil do médico por eventual dano causado ao seu paciente decorrente da prescrição de medicamentos e tratamentos sem eficácia comprovada cientificamente. Desse modo, inicialmente, foram apresentados os conceitos clássicos de responsabilidade civil e algumas de suas classificações mais recorrentes, conforme o atual estado da arte acerca do tema na doutrina pátria. Na sequência, foram apresentadas as definições e classificações obrigacionais dos serviços médicos, explorando a natureza jurídico-contratual de tais serviços. Ato contínuo, lastreado naquilo que fora apresentado, discutiu-se acerca da responsabilidade civil médica, numa abordagem mais delimitada à profissão, com fulcro em diplomas consumeristas e de ética médica. Por fim, explanou-se acerca do processo de controle de medicamentos e tratamentos no Brasil, expondo os riscos inerentes à utilização de alternativas sem eficácia comprovada cientificamente, citando os exemplos da fosfoetanolamina e dos tratamentos prescritos durante a pandemia de COVID-19, encerrando com reflexões sobre possíveis riscos que o médico assume e eventual dever de indenização. Com o estudo, foi possível verificar que o médico, embora possua autonomia profissional, deve preferencialmente, agir sob a égide dos ditames legais e científicos, sob pena de responsabilização civil pelo dano causado ao paciente.

Palavras-chaves: responsabilidade. civil. médico. comprovação. eficácia.

Abstract: This paper presents a legislative and doctrinal study about the doctor's civil liability for any damage caused to his patient from the prescription of medicines and treatments without scientifically proven effectiveness. Thus, initially, the classic concepts of civil liability and some of its most recurrent classifications were presented, according to the current state of the art on the subject in the national doctrine. Subsequently, mandatory definitions and classifications of medical services were presented, exploring the legal-contractual nature of such services. Then, based on what had been presented, it was discussed about medical civil liability, in a more delimited approach to the profession, with a focus on consumerist and medical ethics rules. Finally, the process of controlling drugs and treatments in Brazil

²⁵ Docente no curso de Direito na Universidade Estadual do Tocantins

was explained, exposing the risks inherent in the use of alternatives without scientifically proven effectiveness, citing the examples of phosphoethanolamine and the prescribed treatments during the COVID-19 pandemic, ending with reflections on possible risks that the doctor assumes and possible indemnity duty. With the study, it was possible to verify that the doctor, although professional autonomy, should preferably act having under the aegis of legal and scientific dictates, under penalty of civil liability for the damage caused to the patient.

Key-words: civil. liability. doctor. evidence. effectiveness.

Introdução

O conceito de responsabilidade civil acompanha o ser humano durante boa parte de sua vida em sociedade. Constantemente evoluindo, seu objetivo é preservar o equilíbrio entre as relações humanas, de modo a estipular reparações àqueles que sofrem lesões físicas, patrimoniais ou extrapatrimoniais em razão de ações de terceiros.

A atual dinâmica social impõe uma gama muito complexa de relações privadas, profissionais, consumeristas e afins. O avanço da ciência e tecnologia tem resultado não só no surgimento de novas possibilidades de relações, mas em verdadeiras revoluções nas relações até então existentes.

Nesse sentido, a área da saúde não ficou apartada das consequências do desenvolvimento social. Se outrora, em tempos remotos, a prática da medicina se imiscuia a elementos místicos e empíricos, atualmente segue rigorosos preceitos científicos e metódicos. Do mesmo modo, se a responsabilização seguia princípios talionares, passa atuar sob a égide doutrinária, legislativa e científica.

A crescente democratização do acesso à informação tem permitido ao usuário de serviços médicos tomar conhecimento prévio acerca de medicações e tratamentos indicados por seu médico, mediante uma rápida pesquisa na internet. De igual modo, ao se sentir lesado, tão rápido quanto a situação anterior, consegue encontrar orientações acerca de seus possíveis direitos.

É evidente que uma busca na internet não substitui a orientação de um profissional, seja ele da área médica ou jurídica. Mas é inegável que o paciente possui à sua disposição vários meios de obter informações, ao menos iniciais, acerca de possível erro médico e, conseqüentemente, acerca de possível responsabilização e direito de indenização.

Portanto, o profissional médico dispõe constantemente de diversas técnicas, procedimentos, medicamentos e afins para o melhor tratamento de seu paciente. Simultaneamente, em determinadas situações, encontra-se sob o risco de ser demandado a reparar o dano por eventual erro em sua atuação, haja vista que o paciente, sendo também um consumidor, tem acesso a muito mais informações sobre seus direitos do que no passado.

Destaca-se ainda que, na condição de prestador de serviço, o médico deve utilizar técnicas, procedimentos e medicamentos que respeitem as normas sanitárias e que possuam comprovada eficácia para o fim que está sendo utilizado, não devendo submeter o paciente a procedimentos desnecessários ou sem respaldo técnico e científico.

Em situações em que o médico prescreve algum medicamento ou tratamento à seu paciente cujas evidências científicas apontam para uma eficácia duvidosa ou até mesmo negativa, como utilização de fosfoetanolamina no tratamento do câncer, ou utilização de hidroxiquina para o tratamento de COVID-19, surgem os questionamentos sobre a responsabilidade do profissional por eventual dano causado à saúde e integridade do paciente.

Frisa-se aqui que neste escopo não está a se tratar de procedimentos e medicamentos experimentais administrados em decorrência de pesquisas e estudos científicos, que possuem procedimentos próprios e são previamente autorizados pelos órgãos competentes, sendo realizados com participação voluntária dos pacientes. Trata-se na verdade de análise de situações cotidianas e comuns, quando o paciente-consumidor, figura hipossuficiente na relação com o médico, é submetido a tratamentos sem eficácia comprovada.

Face à toda conjuntura apresentada, buscando corroborar com a temática da responsabilidade civil, o presente trabalho tem como objetivo uma síntese do conceito de responsabilidade civil aplicada aos médicos, bem como discorrer acerca da responsabilidade de tais médicos por eventuais danos causados à seus pacientes em decorrência do uso de medicamentos e tratamentos sem eficácia comprovada por evidências científicas, tecendo teses e conclusões com lastro na legislação e na doutrina pátria.

1. AS DEFINIÇÕES E CLASSIFICAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O ser humano, desde os primórdios de sua investidura na vida social, enfrenta conflitos de interesse interindividuais. Diversas formas de solução de conflitos de interesse passaram o cotidiano humano ao longo da história, resultando numa conceituação da ideia de responsabilidade e, posteriormente, de responsabilidade civil.

Para Tepedino, Terra e Guedes (2021) “a noção de direito se encontra intimamente vinculada à noção de composição dos conflitos de interesse”. Desse modo, os conflitos de interesses que inicialmente encontravam arrimo em princípios talionares, passam a ser solucionados através da intervenção estatal, de modo a evoluir-se à plena separação entre responsabilização penal e civil, num constante desenvolvimento até a contemporaneidade.

Num entendimento atual, Tartuce (2021) define que “a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida.”

Por sua vez, Gonçalves (2020) afirma “que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano.”

Nesse sentido, o Código Civil Brasileiro, aos dispor sobre o tema, expressa o seguinte:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Portanto, a existência de um ato ilícito, gera uma situação de desequilíbrio e instabilidade da relação social, sendo normalizada através da reparação do dano causado ou, caso não seja possível a reparação, através da indenização.

Acerca classificações acerca da responsabilidade civil, dentre as expostas por Gonçalves (2020), destacam-se aqui as classificações quanto à origem, quanto a culpa e quanto ao agente.

Em relação à origem da responsabilidade, classificam-se em contratual e extracontratual, conforme definição doutrinária:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico

existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito. (GONÇALVES, 2020)

Portanto, ao se descumprir aquilo que está posto numa convenção inter- partes, tem-se a origem da responsabilidade civil contratual, uma vez que há rompimento do que fora convencionado numa relação jurídica prévia. Noutra banda, inexistente relação jurídica e a responsabilidade surge em decorrência de um ato ilícito de descumprimento da própria lei, por meio de ação ou omissão.

Já a classificação quanto à culpa do agente divide-se em responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva, diferindo-se acerca da consideração da culpa como ensejadora da obrigação de reparar ou indenizar o dano causado. Em relação à responsabilidade subjetiva, explica o doutrinador:

Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou "subjetiva", pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade.

[...]

A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. (GONÇALVES, 2020)

Já a responsabilidade objetiva, embasada na teoria do risco, desconsidera a culpa do agente como elemento da responsabilização, bastando a existência do nexo causal. Ainda nas palavras de Gonçalves (2020): "Na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente da prova da culpa. Ela é reconhecida, como mencionado, independentemente de culpa. Basta, assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano".

Por fim, a responsabilidade civil quanto ao agente pode se dividir em direta e indireta, conforme se observa:

O Código prevê a responsabilidade por ato próprio, dentre outros, nos casos de calúnia, difamação e injúria; de demanda de pagamento de dívida não vencida ou já paga; de abuso de direito.

A responsabilidade por ato de terceiro ocorre nos casos de danos causados pelos filhos, tutelados e curatelados, ficando responsáveis pela reparação os pais, tutores e

curadores. Também o empregador responde pelos atos de seus empregados. Os educadores, hoteleiros e estalajadeiros, pelos seus educandos e hóspedes. Os farmacêuticos, por seus prepostos. As pessoas jurídicas de direito privado, por seus empregados, e as de direito público, por seus agentes. E, ainda, aqueles que participam do produto de crime.(GONÇALVES, 2020)

A responsabilidade civil direta, ou por ato próprio, é aquela que se origina de ato praticado pelo próprio agente responsável por sua reparação. Por outro lado, a responsabilidade civil indireta, ou por ato de terceiro, é aquela em queo responsável pela reparação não é o agente que praticou o ato ensejador da responsabilidade.

2. NATUREZA JURÍDICO-CONTRATUAL DOS SERVIÇOS MÉDICOS

A prestação de serviços médicos, de maneira geral, é considerada como atuação de profissional liberal, de modo que encontra lastro legislativo não só no Código Civil, mas em outros diplomas legais, como o Código de Defesa do Consumidor, as regulações próprias da respectiva classe, dentre outros. Nesse sentido:

Na maioria das vezes, a responsabilização desses profissionais será regida pelo Código de Defesa do Consumidor, ao lado da regulamentação especial da profissão. A responsabilidade pessoal do profissional liberal é apurada mediante a verificação de culpa por força do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, sendo, portanto, subjetiva. Já o estabelecimento dentro do qual ele presta seus serviços — o hospital ou o escritório de engenharia ou de advocacia, por exemplo — responderá objetivamente perante os consumidores, seguindo a regra geral do Código de Defesa do Consumidor. (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021)

Verifica-se, desse modo, que a responsabilidade civil do médico possui natureza subjetiva, dependendo da comprovação de culpa do profissional. Por sua vez, a clínica ou hospital, na condição de prestadores de serviço perante o paciente, em clara relação de consumo, responde objetivamente por eventuais danos causados.

No caso do profissional liberal médico, o entendimento atual é de que seus serviços, bem como sua eventual responsabilidade, possuem natureza contratual, ainda que seja um tipo *sui generis* de contrato.

O contrato de serviços médico é um contrato singular, pois para sua formação basta haver a convergência volitiva, isto é, o encontro de vontades quanto às bases em que se desenvolverá a relação, não havendo nenhuma obrigatoriedade quanto a ser escrito, podendo se manifestar pelas mais variadas formas, inclusive de maneira rudimentar ou mesmo informal. A relação pode ser estabelecida a partir da consulta marcada com a secretária do médico ou a partir da chamada do médico por ato do próprio paciente ou de alguém em nome dele, dentre outras formas. (MELO, 2013)

Portanto, mesmo que não exista um contato formalmente elaborado, o ânimo da prestação do serviço, por si só, gera uma relação contratual, ainda que tácita, resultando em direitos e obrigação às duas partes, haja vista que assim como o médico deve aplicar seus conhecimentos e técnicas com zelo, dedicação e esforço, o paciente deverá se empenhar e atender as orientações médicas em prol do diagnóstico, tratamento e afins.

Em relação ao tipo de obrigação que se origina da relação entre médico e paciente, deve-se observar as peculiaridades do caso concreto, bem como a finalidade daquela relação contratual, de modo que tal obrigação pode ser tanto de meio, sendo este o tipo de relação predominante, quanto de resultado.

Quando um paciente encontra-se acometido por determinada patologia e procura o serviço profissional de um médico, estará buscando um diagnóstico ou, caso já tenha o diagnóstico, um tratamento. Não é razoável presumir que toda e qualquer moléstia que acometa alguém seja prontamente identificada pelo profissional médico. Ainda que existam doenças facilmente diagnosticáveis, deve-se considerar que outras tantas possuem um processo de diagnóstico um pouco mais complexo, demorado e multidisciplinar.

A manifestação de um sintoma em determinada região do corpo poderá ter origem em problemas oriundos de outra região, de modo que em algumas situações, o médico especialista possuirá condições de fornecer um diagnóstico preciso, devendo encaminhar o paciente para o especialista da outra área. Da mesma forma, ao submeter o paciente a um processo de tratamento, diversas variáveis concorrerão para a eficácia de tal tratamento, haja vista que cada organismo é único, peculiar e poderá reagir de forma distinta.

Por essas razões, diz-se que, em geral, a prestação de serviços médicos gera uma obrigação de meio e não uma obrigação de resultado. Não é possível que o médico nem o paciente tenha plena certeza de que será possível a obtenção de um diagnóstico, nem de que o paciente efetivamente será de fato curado após o tratamento. Explica a doutrina:

Ademais, nesse tipo de contrato o objetivo a ser alcançado, isto é, a cura, não depende somente do profissional médico, mas também do paciente com a sua colaboração direta ou indireta. Quer dizer, não basta o médico ser competente e dedicado, pois o sucesso da empreitada dependerá em muito do próprio organismo do paciente, das informações por ele prestada, da correta aceitação do que foi prescrito etc. Assim, o adimplemento do contrato não é a cura, mas a dedicação, zelo e esforço do profissional. Provando que assim agiu, isto é, que aplicou toda sua técnica e conhecimento para que o paciente atingisse a cura, o médico terá cumprido sua parte no contrato e não se poderá falar em inadimplemento se o paciente não se curou, pois a obrigação terá sido de meio e não de resultado. (MELO, 2013)

Embora as relações contratuais entre médicos e pacientes possuam, predominantemente, obrigação de meio, determinadas situações deságuam naquilo que a doutrina nomeia como obrigação de resultado. Em tais casos, para o fiel cumprimento do contrato, não bastará que o médico aplique conhecimento, técnica, esforço e zelo na realização de seu trabalho. Ele deverá, de fato, entregar um resultado esperado, que tenha sido devidamente pactuado, para aquele serviço, sendo exemplos de tais situações as cirurgias plásticas com finalidade estética, o resultado de exames laboratoriais, dentre outros.

Quanto aos cirurgiões plásticos, a situação é outra. A obrigação que assumem é de "resultado". Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória.

Da cirurgia malsucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado. A indenização abrange, geralmente, todas as despesas efetuadas, danos morais em razão do prejuízo estético, bem como verba para tratamentos e novas cirurgias.

O cirurgião plástico assume obrigação de resultado porque o seu trabalho é, em geral, de natureza estética. No entanto, em alguns casos a obrigação continua sendo de meio, como no atendimento a vítimas deformadas ou queimadas em acidentes, ou no tratamento de varizes e de lesões congênitas ou adquiridas, em que ressalta a natureza corretiva do trabalho. (GONÇALVES, 2020)

Embora a obrigação pela realização de serviços médicos seja de meio, a ela encontra-se ligada a obrigação de segurança, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 8º. Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

[...]

Art. 9º.- O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto. (BRASIL, 1990)

Nesse sentido, o médico não poderá impor risco à integridade e saúde do paciente de forma desnecessária, sendo admitidos somente os riscos normais e previsíveis, estritamente necessários e intrínsecos à natureza do procedimento.

Por esse dever de segurança, significa dizer que o médico, enquanto profissional liberal, não poderá utilizar métodos na prestação de serviços que possam, de alguma forma, acarretar risco à saúde ou à segurança dos seus pacientes, a menos que estes riscos sejam considerados normais ou previsíveis pela sua própria natureza, quando então estas informações deverão ser prestadas com o fim de obter o consentimento informado do paciente. (MELO, 2013)

Destaca-se, por fim, que conforme observado, ainda que o tomador do serviço médico seja submetido à riscos naturais e previsíveis, deverá ser informado e cientificado dos detalhes do procedimento que será submetido, bem como dos riscos, em homenagem ao dever de segurança que rege a obrigação do médico.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Derivado do conceito geral de responsabilidade civil, a responsabilidade civil médica corresponde ao atendimento de particularidades inerentes ao exercício da função médica, culminando em alguns tratamentos específicos acerca da responsabilização.

É certo que ao abordar acerca da responsabilidade civil dos profissionais liberais, dentre os quais estão inclusos os médicos, o Código de Defesa do Consumidor já reserva um tratamento diferenciado, prezando pela escolha de responsabilização subjetiva. Entretanto, a responsabilidade civil dos médicos, embora sendo um profissional liberal, possui algumas especificidades próprias da profissão.

Conforme já abordado anteriormente, o médico, no geral, presta um serviço cuja obrigação é de meio, não havendo, *a priori*, a obrigação na entrega de um resultado. Não significa, no entanto, que a mera prestação do serviço de qualquer maneira já basta para o cumprimento desta obrigação. O médico precisa aplicar diligentemente todos os recursos materiais e técnicos necessários para que se atinga o objetivo. Ainda que não tenha a plena obrigação de garantia de resultado, deve empenhar todo o esforço possível para alcançá-lo.

Contudo, apesar de a obrigação do médico ser de meio e não de resultado, adverte com sapiência o magistrado Jurandir Sebastião que o profissional tem também um dever de empenho que supera em muito o conceito jurídico de contrato de meio na exata medida em que se exige do profissional que demonstre que houve a correta aplicação de todos os meios materiais e profissionais aplicáveis à espécie e que, além deles, mais não se fez porque não foi possível, embora se tenha procurado e tentado a exaustão. (MELO, 2013 apud SEBASTIÃO, 2004)

No mesmo sentido, preleciona Carlos Roberto Gonçalves:

Ao médico que diz ter conhecimento e habilidade especiais para o tratamento de um órgão ou doença ou ferimentos específicos, é exigido desempenhar seu dever para com o paciente, empregando, como tal especialista, não

meramente o grau normal de habilidade possuído pelos praticantes em geral, mas aquele grau especial de habilidade e cuidado que os médicos de igual posição, que dedicam especial estudo e atenção ao tratamento de tal órgão, doença ou ferimento, normalmente possuem, considerando-se o estágio do conhecimento científico àquele tempo. (GONÇALVES, 2020)

No entendimento de Nader (2016), foi sensata a opção do legislador na adoção da responsabilidade subjetiva para os médicos, uma vez que caso a responsabilização fosse objetiva, causaria um desestímulo aos tratamentos dos pacientes. Ainda segundo o autor:

Não se trata de privilégio, mas de condição indispensável ao exercício da profissão, que muitas vezes requer coragem do médico diante de um quadro grave a exigir uma decisão imediata quanto ao procedimento a ser adotado. Este, dependendo da urgência, não permite sequer a consulta ao paciente ou aos familiares quanto à conduta exigida. O fundamental é que o médico siga a orientação mais adequada para o caso concreto. A apreciação da qualidade do seu trabalho, em caso de questionamento, deverá considerar as circunstâncias que envolveram o atendimento: a sua urgência, as condições gerais do paciente, os recursos disponíveis, a presteza do profissional e os métodos empregados. (NADER, 2016)

Portanto, a responsabilidade civil médica transcenderá os conceitos clássicos de ação, omissão e nexo de causalidade, trazendo para a ponderação de tal responsabilidade os elementos ligados à culpa, sendo eles a negligência, imperícia ou imprudência no exercício do seu *mister*, que eventualmente cause dano ou prejuízo ao paciente.

A culpa médica decorrente da negligência é observada quando o médico se abstém de proceder com as técnicas adequadas para o devido tratamento do paciente, agindo displicentemente, ou até mesmo "abandonando" aquele que está sob seus cuidados.

Dano por negligência se verifica quando o médico se omite no tratamento, revelando-se desidioso e comprometendo, com sua conduta, a saúde ou a vida do paciente. Incide nesta modalidade de culpa o profissional que abandona o seu cliente em hospital, causando-lhe danos. Abandono

significa falta de acompanhamento, desinteresse, descaso. (NADER, 2016)

Destaca-se ainda que a negligência não se limita àquelas situações em que o paciente se encontra hospitalizado. Para Levada (2020), o comportamento omissivo também pode ser verificado com a "não-prescrição do remédio necessário, a não-realização de uma cirurgia ou a ausência de diagnóstico de uma doença".

Em relação a imprudência médica, ocorre quando o profissional age de forma desmedida, portando-se de maneira incauta, precipitada e sem ponderar ou antever cada etapa do procedimento que realiza.

O profissional provoca lesões por imprudência, quando toma iniciativas precipitadas, sem a devida cautela. Enquanto na negligência o agente deixa de agir no momento em que deveria fazê-lo, na imprudência ele age quando recomendável seria a omissão. Miguel Kfoury Neto exemplifica: *"É o caso do cirurgião que não espera pelo anestesista, principia ele mesmo a aplicação da anestesia e o paciente morre de parada cardíaca."* (NADER, 2016)

Para além das clássicas definições de imprudência médica, vale destacar que outras situações são também enquadradas nesse tipo de ação, como a não observância de prazos razoáveis para a correta da aplicação das técnicas adequadas ou a utilização de técnicas viciadas por excesso de confiança ou experimentais.

Pode também ser enquadrado como imprudente o médico que realiza em trinta minutos uma cirurgia que normalmente demandaria uma hora, acarretando, com seu açoitamento, dano ao paciente; ou, ainda, o médico que libera o acidentado, quando deveria mantê-lo no hospital sob observação durante algum tempo, e com isso provoca sua subsequente morte; ou como o cirurgião que abandona técnica operatória segura e habitual para utilizar técnica nova e arriscada, sem comprovada eficiência, e provoca lesão ou morte ao paciente. (MELO, 2013)

Os elementos subjetivos da responsabilidade civil do médico, além de estarem dispostos de forma geral na legislação cível, é replicada no Capítulo III do Código de Ética Médica, que trata da responsabilidade profissional, conforme se observa:

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracteri- zável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal não pode ser presumida.(CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019)

Expõe-se, finalmente, os pressupostos constituintes do ato ilícito que ensejam a responsabilização civil médica e que também são comuns à responsa- bilidade civil objetiva: o dano e o nexo causal.

O dano, neste contexto abordado, é uma mal físico ou psicológico cau- sado ao paciente por uma ação subjetiva do médico, tornando necessária sua reparação, podendo ser uma ofensa grave à integridade e saúde do indivíduo ou seu próprio falecimento. Já o nexo causal é o elo que une a ação ou omissão do médico ao dano causado. É a evidência de que a ação do profissional foi uma *conditio sine qua non* para a existência do dano, devendo todos estes elemen- tos serem constatados por um perito *expert*, que fundamentará uma eventual necessidade de reparação do dano.

No exame do perito, constitui um *a priori* a pesquisa da ocorrência de mal grave à saúde ou de morte do paciente. Se o alegado mal inexistente, prejudicada resta qualquer outra investigação. O dano, como se sabe, é um dos elementos essenciais à configuração do ato ilícito.

O reconhecimento do nexo causal pressupõe, em primeiro lugar, a ciência do estado de saúde do paciente, quando do atendi- mento médico. Apuradas as condições, torna-se necessário o conhecimento da conduta recomendável para o caso, diante das circunstâncias (urgência e recursos disponíveis) e a seguida pelo médico. Com a constatação de que o procedimento não foi adequado, importa saber se o mesmo constituiu a causa deter- minante do mal sofrido pelo paciente.(NADER, 2016)

Por conseguinte, diante dos principais conceitos, definições, pressupostos e elementos da responsabilidade civil médica, é possível perceber que, embora a relação entre médico e paciente esteja coberta pelo Código de Defesa do Consumidor, as especificidades de tal relação exigem que uma possível respon- sabilização de um

profissional deve ser realizada com elevada cautela, diante de análise exaustiva dos fatos, provas e condições específicas do caso, haja vista que de um lado deve haver a devida proteção ao paciente pelo ordenamento jurídico, por outro lado não se pode permitir que a prestação jurisdicional crie um ambiente de atuação profissional inibitório, pois a liberdade profissional do médico é imprescindível para sua atuação, principalmente por lidar com bens jurídicos altamente relevantes, como a saúde e a vida humana.

4. RESPONSABILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS SEM EFICÁCIA COMPROVADA

4.1 Controle de Medicamentos e Tratamentos e Dever de Informação

O ser humano, ao ser acometido por uma enfermidade, busca ajuda de um profissional para que seja obtido um diagnóstico e um tratamento para sua enfermidade, visando o restabelecimento de uma condição saudável. O tratamento de várias patologias requer uma intervenção farmacológica, com a utilização de medicamentos que contribuirão para a recuperação do indivíduo.

Existe no Brasil uma definição legal para o termo medicamento, disposta na Lei nº 5.991/1973, estabelecendo o seguinte:

Art. 4º - Para efeitos desta Lei, são adotados os seguintes conceitos: [...]

II - Medicamento - produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico; [...] (BRASIL, 1973)

A comercialização e utilização de determinado medicamento em território brasileiro requer uma análise técnico-científica e administrativa por parte da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), vinculada ao Ministério da Saúde, conforme dispõe a Lei nº 6.360/1976:

Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde. (BRASIL, 1976)

Portanto, para o registro de cada medicamento no Brasil, a ANVISA analisa toda a documentação apresentada para aquela respectiva substância, verificando se os estudos científicos realizados encontram-se devidamente fundamentados, tanto em fase não-clínica

quanto na fase clínica. Além disso, mesmo após o registro e o início da comercialização do medicamento, há uma continuidade no monitoramento dos efeitos adversos, em fase de pós-mercado.

No âmbito do Sistema Único de Saúde, a Política Nacional de Medicamentos estabelece a criação da Relação Nacional de Medicamentos, que servirá como norteador do tratamento farmacológico para grande parte das enfermidades comuns em território nacional.

O Ministério da Saúde estabelecerá mecanismos que permitam a contínua atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), imprescindível instrumento de ação do SUS, na medida em que contempla um elenco de produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias prevalentes no País. (BRASIL, 1998)

Percebe-se, portanto, que existe firme controle de medicamentos no Brasil, de modo que cada medicamento, quando disponibilizado no mercado, possui definido qual sua gama de atuação, bem como contraindicações e possíveis efeitos adversos, extraídos dos estudos previamente realizados.

Assim, embora o médico goze de liberdade em sua atuação profissional, não pode se propor, ao arrepio do controle sanitário realizado pela ANVISA, a testar medicamentos em seus pacientes para além daqueles limites de eficácia farmacológica pré-estabelecidos.

O médico se torna então adstrito à prescrição realizada, sendo passível de responsabilização por sua atuação. Vale destacar que, com exceção dos medicamentos "não tarjados", todos os demais só podem ser adquiridos mediante prescrição médica. A venda de remédios sem a devida apresentação de prescrição médica, desloca a responsabilidade para o farmacêutico responsável pela venda, de modo que a utilização de uma medicação estará sempre vinculada à responsabilidade de algum profissional.

É, ainda, responsável o farmacêutico pela venda de medicamentos, quando a utilização destes é subordinada obrigatoriamente à prescrição médica, e assim se encontra mencionado na respectiva embalagem.

Merece consideração a responsabilidade no caso de, na farmácia, aplicarem-se injeções, por cujos acidentes responde o farmacêutico.

É de se atentar, ainda, em que a farmácia, mesmo quando pratica apenas a venda de medicamentos pré-fabricados,

tem um “farmacêutico responsável” a que é afeta a boa prática da profissão.

Com referência a defeitos, imperfeições ou irregularidades no produto em si mesmo, o farmacêutico não pode ser responsabilizado, tendo em vista que recebe o medicamento já pronto, acabado e acondicionado, não lhe cabendo averiguar o conteúdo. (PEREIRA; TEPEDINO, 2018)

Além do controle sobre intervenções farmacológicas discorrido acima, existe também um controle sobre tratamentos e procedimentos clínicos. Aqui vale ressaltar que o controle sobre os protocolos de atuação do profissional são menos restritivos que o controle sobre medicamentos.

Não há uma norma legal coercitiva que impõe ao médico a obrigação de seguir um protocolo clínico de forma pormenorizada e invariável para cada tipo de patologia. Ora, se cada organismo possui características próprias, com metabolismo específico, é corolário lógico o entendimento de que nem todos os pacientes responderão da mesma forma ao mesmo tratamento, cabendo ao médico observar a resposta de cada indivíduo e, caso necessário, realizar as devidas adaptações para fornecer o fornecimento do tratamento adequado, nos limites das evidências científicas.

Existem, na verdade, diversos protocolos clínicos, com especificidades próprias, a depender do ramo de especialidade médica ou do local do exercício da atividade. Por exemplo: no âmbito do Sistema Único de Saúde existem diversos protocolos clínicos editados pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC). Por sua vez, a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO) possui protocolos próprios para atendimentos especializados em sua área de abrangência. Já a Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP) possui o Tratado de Pediatria, com instruções específicas para o atendimento clínico de crianças. Até mesmo algumas redes de clínicas particulares desenvolvem protocolos específicos de atendimento adaptados à sua realidade.

Expõe-se aqui as classificações utilizadas no âmbito do Sistema Único de Saúde acerca dos protocolos clínicos elaborados pela CONITEC:

Os **Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT)** são documentos que estabelecem critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias

recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS. Devem ser baseados em evidência científica e considerar critérios de eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade das tecnologias recomendadas.

As **Diretrizes Diagnósticas e Terapêuticas (DDT)** em Oncologia são documentos baseados em evidência científica que visam nortear as melhores condutas na área da Oncologia. A principal diferença em relação aos PCDT é que, por conta do sistema diferenciado de financiamento dos procedimentos e tratamentos em oncologia, este documento não se restringe às tecnologias incorporadas no SUS, mas sim, ao que pode ser oferecido a este paciente, considerando o financiamento repassado aos centros de atenção e a autonomia destes na escolha da melhor opção para cada situação clínica.

Os **Protocolos de Uso** são documentos normativos de escopo mais estrito, que estabelecem critérios, parâmetros e padrões para a utilização de uma tecnologia específica em determinada doença ou condição.

As **Diretrizes Nacionais/Brasileiras** são documentos norteadores das melhores práticas a serem seguidas por profissionais de saúde e gestores, sejam eles do setor público ou privado da saúde.

As **Linhas de Cuidados** apresentam a organização do sistema de saúde para garantir um cuidado integrado e continuado, como objetivo de atender às necessidades de saúde do usuário do SUS em sua integralidade. (CONITEC, 2022)

Por fim, faz-se necessário destacar que antes de submeter um paciente à um procedimento médico, seja ele farmacológico, cirúrgico ou de qualquer natureza, o médico tem o dever de informá-lo acerca das condições e dos riscos que envolvem o procedimento.

O Código de Ética Médica, em seu Capítulo IV, Art. 22, ao abordar sobre os Direitos Humanos na relação entre o médico e paciente, veda expressamente que o paciente seja

submetido à qualquer procedimento sem o seu expresso consentimento ou de seu representante legal, se for o caso, exceto em caso de risco iminente de morte.

Embora o médico, como profissional, tenha por si a presunção de conhecimento e portanto a direção do tratamento, não se dispensa de orientar o enfermo ou as pessoas de cujo cuidado este depende, a respeito de como proceder, seja no tratamento ambulatorial, seja no hospitalar, seja ainda no domiciliar. No caso da moléstia exigir a consulta a um especialista, ou uma intervenção cirúrgica, cumpre-lhe fazer a indicação cabível e em tempo oportuno. No dever de aconselhar, não pode omitir a informações sobre os riscos do tratamento. Era entre nós comum, em casos de moléstia grave, ocultar o médico esta circunstância, resguardando o doente do choque psicológico. Mais modernamente, e no rumo do que se denomina a “escola americana”, reverte-se a tendência, já no sentido oposto, de informar o paciente ou a família sobre o estado dele e sobre a possível evolução da doença. Origina-se, destarte, o “dever de informação”, cumprindo ao médico (especialmente o cirurgião) advertir o cliente dos riscos do tratamento. (PEREIRA; TEPEDINO, 2018)

Desse modo, caso o médico omita do paciente as devidas informações acerca do procedimento clínico, estará sujeito à responsabilização civil por eventuais danos, salvo se sua decisão esteja respaldada na urgência da situação, situação em que a preservação da vida do paciente torna-se a prioridade.

4.2 Os riscos da utilização de tratamentos e medicamentos sem eficácia comprovada

No exercício de sua profissão, o médico detém uma série de prerrogativas que lhe garantem autonomia e liberdade profissional. Nos tópicos anteriores foram apresentados algumas diretivas balizadoras de sua atuação profissional, seja para a prescrição de medicamentos ou de tratamentos. No entanto, tais diretivas não impõem ao médico uma atuação engessada e vinculada, mas visa orientá-lo acerca das práticas que possuam embasamento e aceitação científica.

Desse modo, gozando de sua autonomia profissional, o médico pode optar em alguns casos pela prescrição de medicamento ou tratamento cuja eficácia não tenha comprovação científica. Tal escolha, porém, pode ocorrer de dois modos distintos: a) a

prescrição de medicamento/tratamento inovador, sem aplicação conhecida; ou b) a prescrição de medicamento/tratamento já utilizado para outras enfermidades mas sem comprovação de eficácia contra o que se pretende tratar. É também conhecida como prescrição *off label*.

A utilização de um medicamento ou tratamento que até então se faz desconhecido no meio científico, carecendo de comprovação científica de sua eficácia, se mostra o cenário mais arriscado, haja vista que não se tem parâmetros para saber como tal substância agirá no organismo do paciente, nem os possíveis danos e efeitos colaterais.

A recomendação de uso de substâncias que não têm comprovação de eficácia e segurança por profissionais fere princípios éticos e expõe a população a riscos que ela, diferente desses profissionais, não consegue dimensionar. E, ainda, diverge dos princípios da prática de saúde baseada em evidências. A medicina baseada em evidências (MBE) é o uso consciente, explícito e criterioso das melhores evidências científicas disponíveis para tomar decisões em relação ao manejo de pacientes. A prática da MBE consiste na integração da expertise clínica do profissional com as evidências de maior qualidade provenientes da pesquisa sistemática. (FARIA, 2015)

Um clássico exemplo de tal situação, ocorrido no Brasil, é o caso da fosfoetanolamina, que ficou popularmente conhecida como "pílula do câncer". Tal substância fora sintetizada um pesquisador no Instituto de Química de São Carlos (IQSC) da Universidade de São Paulo, sendo posteriormente distribuída sob a alegação de que combateria determinados tipos de tumores. Sem testes clínicos, logo tornou-se objeto de disputa judicial em que pacientes acometidos pela doença buscavam tal substância como uma possível solução, gerando grande controvérsia no meio médico e científico.

A fosfoetanolamina é apenas mais uma substância candidata a medicamento. As pesquisas com essa substância ainda estão nas fases preliminares do longo processo de desenvolvimento de novos medicamentos. Embora elas ocorram há mais de uma década, somente testes *in vitro* (cultura de células) e *in vivo* foram realizados até o momento, e esses são insuficientes para comprovar sua eficácia e segurança em seres humanos. Muitas substâncias apresentam resultados satisfatórios nos experimentos *in vitro* ou em animais, mas não obtêm sucesso quando utilizadas por humanos, podendo causar

danos à saúde (não nos esqueçamos da talidomida e do sofrimento que causou). Estima-se que apenas nove a cada vinte mil substâncias testadas na fase pré-clínica se tornam medicamento, e apenas uma entre essas nove tem real utilidade no mercado farmacêutico. (FARIA,2015)

Diante da ausência de estudos e, conseqüentemente, do desconhecimento dos efeitos no organismo humano, a prescrição de desse tipo de substância à pacientes implica num verdadeiro risco sanitário, definido por Souza e Costa (2010) como "a probabilidade de ocorrência de um evento, agravo ou dano, em uma dada população exposta a um determinado fator de risco".

Para Castro e Almeida (2017) "o risco está relacionado à possibilidade de expor pacientes oncológicos a uma terapêutica não regulada pela autoridade de vigilância sanitária".

Em relação à prescrição de medicamentos e tratamentos *off label*, estes já se fazem regularmente presentes no meio médico, com indicações para outras patologias. Contudo, o profissional se dispõe a aplicá-los no tratamento de enfermidades para as quais, ao menos inicialmente, não possui indicação científica. Observa-se tal acontecimento quando se verifica o alastramento epidemiológico de uma doença, sem que haja tratamento conhecido para o devido enfrentamento.

Um exemplo recente é o caso da pandemia de COVID-19, que assolou planeta de forma rápida sem que houvesse tratamento disponível para os acometidos pela enfermidade. Utilizou-se então diversos medicamentos que até então eram aplicáveis em outras situações, como cloroquina, hidroxicloroquina, azitromicina, e outros.

Em tais casos, parte da comunidade científica se posiciona favorável à utilização de tais medicamentos, uma vez que diante da ausência de outra alternativa, torna-se preferível que o médico arrisque em prol de seu paciente ao invés de se optar pela inércia.

A Covid-19 é uma doença nova, não há ainda um tratamento completamente comprovado, não há ainda um estudo findado, ainda há muito o que conhecer a respeito dela. Nestes casos o médico também tem sua postura mudada em relação ao enfrentamento da doença, então como por exemplo, condutas mais arriscadas para poder salvar um paciente, desta forma o médico pode chegar à conclusão de que diante um risco de morte, ou a falta de um caminho mais seguro para o paciente, o médico pode

decidir tomar uma atitude positiva em usar um medicamento que ainda está em fase de teste, em vez de ficar passivo e impotente sem fazer nada para ajudar seu paciente. É preciso refletir que o momento que todos estão enfrentando é um momento atual extraordinário, e pode admitir uma atuação do médico diferente da atuação do mesmo caso estivesse em tempos normais sem uma pandemia. (GOULART; OLIVEIRA, 2021)

Por outro lado, há forte posicionamento contraposto ao supracitado, em que a alegação é de que significativos efeitos colaterais podem advir do uso de tais medicamentos, de modo que o risco seria superior ao possível benefício, o que tornaria perigoso o uso em tratamento clínico corrente.

Tais documentos, que pretendem autorizar o uso *off label* sem segurança científica, provocaram reações críticas contundentes da comunidade médica, destacando-se dentre elas o comunicado conjunto da Associação de Medicina Intensiva Brasileira, da Sociedade Brasileira de Infectologia e da Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia, de 18 de maio de 2020, que formou uma força-tarefa de 27 especialistas e metodologistas para uma rápida revisão sistemática da literatura científica, que concluiu que “não há indicação de uso de rotina de hidroxicloroquina, cloroquina, azitromicina, lopinavir/ritonavir, corticosteroides ou tocilizumabe no tratamento da Covid-19”, sobrando comprovação de graves efeitos colaterais no seu uso que, em caráter excepcional, somente se justifica no contexto da pesquisa clínica. (JÚNIOR, 2020)

Desse modo, percebe-se que a utilização de medicamentos e tratamentos cuja eficácia extrapola o limite da comprovação científica acaba por ser uma decisão do profissional, no exercício de sua autonomia, mediante cientificação e concordância do paciente, não estando isento das possíveis responsabilizações decorrentes de tais condutas, que deverá ser analisada em cada caso concreto.

Dever de reparação do dano

Estendendo a análise de casos de utilização de medicamentos e tratamentos sem comprovação científica, torna-se pertinente a seguinte conclusão doutrinária:

Diante do exposto, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1 – O uso de substâncias farmacológicas para pacientes com Covid-19 pressupõe, sempre, a existência de evidência científica e o cumprimento dos princípios da bioética (consentimento do paciente, beneficência, não maleficência e justiça);

2 – Enquanto não houver registro na Anvisa e inclusão nos protocolos clínicos do SUS, mediante avaliação da Conitec, a prescrição de medicamentos é opção do médico;

3 – No caso da cloroquina e da hidroxicloroquina, de nada valem as “notas informativas” de orientações terapêuticas do Ministério da Saúde e o Parecer CFM 4/2020, que reconhecem a ausência de evidência científica e são criticadas pela comunidade científica nacional e internacional, inclusive por associações de especialidades médicas;

4 – A opção do médico, enquanto não houver certeza científica, somente se justifica a título de uso passivo e constituirá uso *off label*, que pressupõe sempre embasamento em literatura científica, ainda que preliminar, a comprovação da gravidade da doença e o consentimento do paciente, com avaliação dos riscos e benefícios do uso do medicamento, na ausência de alternativa terapêutica satisfatória no país;

5 – O não cumprimento da legislação sanitária pode gerar a responsabilização civil e criminal, seja do médico, seja do gestor público e privado, inclusive com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. (JÚNIOR, 2020)

Embora o excerto acima exposto trate especificamente da utilização de medicamentos *off label* para o tratamento de COVID-19, é possível extrair parâmetros gerais para os demais tipos de utilização de medicamentos sem eficácia comprovada cientificamente.

A decisão final por determinado procedimento clínico deverá ser tomada em conjunto pelo médico e paciente, estando o segundo plenamente informado dos riscos e da carência científica. Ainda assim, não terá isenção de responsabilidade o médico que opte proceder por tal direção.

Na análise de eventual caso concreto, verificando-se que o profissional, mesmo cientificando seu paciente, violou normas sanitárias, ou ainda, que ao exercer a opção por tratamento não convencional tenha agido com imprudência, negligência ou imperícia, resultando em dano ao paciente, estará sujeito a ser responsabilizado civilmente, sendo obrigado a reparar o dano na forma de indenização.

Sobre a indenização, explica o doutrinador:

Na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ato ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o status quo ante, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011)

Portanto, conclui-se que a responsabilização civil de um médico, com subsequente indenização, não é algo simples de se apurar. A autonomia médica garante ao profissional um leque de possibilidades de atuação, cujo objetivo principal é o bem estar e a saúde do paciente. Caso os limites de atuação sejam extrapolados, caberá a apuração de todos os quesitos apresentados nesse trabalho, como o respeito às normativas técnico-científicas, o dano causado, a existência de negligência, imprudência ou imperícia, e afins, ficando restrita à análise do caso concreto.

Considerações finais

O presente artigo teve como objetivo o estudo da responsabilidade civil, focada na atuação do médico ao medicar e tratar determinado paciente via alternativa cuja eficácia não tenha lastro de evidência científica.

Foram demonstrados os conceitos clássicos de responsabilidade civil, que envolvem desde o dano causado pelo agente à outrem, bem como o nexo de causalidade, que liga a conduta ao dano. No caso específico do médico, tal situação ganha contornos próprios, uma vez que dependem da comprovação de negligência, imperícia e imprudência em sua atuação profissional. Isso acontece, em primeiro lugar, em razão da natureza das obrigações médicas serem de meio e não de fim. Além disso, a responsabilidade civil médica não tem por objetivo a inibição do médico em sua atuação, mas visa garantir a proteção do paciente-consumidor submetido aos cuidados do profissional, buscando a responsabilização daqueles que extrapolam o limite profissional, legal e ético.

Em relação à utilização de medicamentos e tratamentos sem eficácia cientificamente comprovada, seja pela inexistência de registro de uma substância junto aos órgãos competentes, seja pela inexistência de estudos que permitam a aplicação de determinado medicamento para fim diverso daquele para qual foi aprovado, foi possível constatar que embora existam situações que permitam que o médico exerça sua autonomia profissional, a utilização de tais medicamentos ou tratamentos estão sempre ligadas a um risco e que, mesmo diante do pleno consentimento do paciente, é possível que o profissional venha a ser responsabilizado civilmente por danos causados em decorrência da utilização de tratamentos não convencionais.

Conclui-se, por fim, que o médico deve exercer sua atividade buscando sempre a preservação da vida, da saúde e da integridade dos seus pacientes, buscando agir sempre amparado pela legislação, pela ciência e por princípios bioéticos, de modo que a responsabilização civil de um profissional seja medida excepcional, reservada apenas para situações em que houve extrapolação da autonomia profissional resultando em dano ao paciente, figura hipossuficiente que goza da proteção do ordenamento jurídico pátrio.

Referências

BRASIL. Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973: Dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1973.

BRASIL. Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976: Dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1976.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990: Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1990.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Institui o código civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2002.

BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998: Aprova a política nacional de medicamentos. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1998.

CASTRO, Rosana; ALMEIDA, Rafael Antunes. *Testemunho, evidência e risco : reflexões sobre o caso da fosfoetanolamina sintética*. 2017. Anuário Antropológico. Disponível em: <<https://doi.org/10.4000/aa.1637>>. Acesso em: 30 out. 2022.

CONITEC, Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúdes. *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas*. 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/conitec/pt-br/assuntos/avaliacao-de-tecnologias-em-saude/protocolos-clinicos-e-diretrizes-terapeuticas>>. Acesso em: 29 out. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética médica: Resolução cfm nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas resoluções cfm nº 2.222/2018 e 2.226/2019. *Conselho Federal de Medicina*, Brasília, 2019.

FARIA, Joyce Costa Melgaço de. *Fosfoetanolamina: realidade, promessa ou mais um pesadelo?* 2015. Centro de Estudos de Medicina. Disponível em: <<https://cemedmg.wordpress.com/2015/10/22/fosfoetanolamina-realidade-promessa-ou-mais-um-pesadelo/>>. Acesso em: 30 out. 2022.

GAGLIANO, Paulo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 4.

GOULART Ândrea Carollyne Moraes; OLIVEIRA, Jaqueline José Silva. *Responsabilidade civil do médico: mediante a pandemia do COVID-19*. 2021. Revista Recifaqui. Disponível em: <<https://recifaqui.faqi.edu.br/index.php/recifaqui/article/view/59>>. Acesso em: 30 out. 2022.

JÚNIOR, Reynaldo Mapelli. *A prescrição de medicamentos off label no tratamento da doença covid-19: a cloroquina, a hidroxicloroquina e outras substâncias e a responsabilidade de gestores e médicos*. Escola Paulista de Magistratura, 2020. Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19 — Volume 1. Disponível em: <<https://epm.tjsp.jus.br/Publicacoes/ObrasJuridica/63033?pagina=1>>. Acesso em: 30 out. 2022.

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *A responsabilidade civil do médico durante a pandemia*. 2020. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-30/>>

direito-pos-graduacao-responsabilidade-civil-medico-durante-pandemia>. Acesso em: 28 out. 2022.

MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade Civil por Erro Médico*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. *Responsabilidade Civil*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SEBASTIÃO, Jurandir. A responsabilidade civil, a singularidade da medicina e a aplicação do direito. *COAD Seleções Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 4, p. 44–76, Abril 2004.

SOUZA, Gisélia Santana; COSTA, Ediná Alves. *Considerações teóricas e conceituais acerca do trabalho em vigilância sanitária, campo específico do trabalho em saúde*. 2010. Ciência e Saúde Coletiva. Disponível em:

<<https://doi.org/10.1590/S1413-81232010000900008>>. Acesso em: 30 out. 2022.

TARTUCE, Fávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; MÉTODO, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES,

Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E A EDIÇÃO DA LEI Nº 13.844/2019 E MEDIDA PROVISÓRIA 886 NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

BÁRBARA CORDEIRO FIGLIUOLO:
Advogada. Especialista em direito público pela Universidade Estadual do Amazonas. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas.

Resumo: O presente artigo visa estudar o princípio da vedação ao retrocesso, sua relação com o efeito *backlash* da jurisdição constitucional, com fundamento na edição da Medida Provisória 870/2019, que transferiu a competência para demarcação de terras indígenas para o Ministério da Agricultura e Abastecimento, e a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da MP 870/19. Com fundamento nos direitos fundamentais e nos direitos humanos positivados em Tratados e Convenções Internacionais relacionados às comunidades indígenas, pretende-se refletir sobre a possibilidade de retrocesso no que tange ao reconhecimento de futuras terras indígenas. Tendo em vista a relevância do tema, especialmente para a região Amazônica, uma vez que os direitos indígenas relacionados à terra têm sido cada vez mais discutidos e alvo de críticas, a análise do assunto convida a uma reflexão sobre possíveis retrocessos em direitos indígenas consagrados. Para desenvolver o presente trabalho utiliza-se a metodologia teórico-jurídica associada com a técnica de pesquisa de fontes bibliográficas do direito em geral. Para tanto, estuda-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o texto constitucional, atos legislativos e atos administrativos e, finalmente, a doutrina em suas variadas vertentes passando pelo direito indígena e constitucional. A pesquisa indicou que as alterações na competência para reconhecimento e demarcação de terras indígenas violou diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, bem como da órbita internacional.

Palavras-Chave: princípio da vedação ao retrocesso; efeito *backlash*; direitos indígenas fundamentais; demarcação de território indígena; Medida provisória 870/2019.

Abstract: This article aims to study the principle of the prohibition of retrogression, its relationship with the backlash effect of constitutional jurisdiction based on the edition of "Medida Provisória" 870/2019, which shifted the assignment for demarcation of natives lands to the Ministry of Agriculture and Supply, and the decision of the Federal Supreme Court on the unconstitutionality of MP 870/19. Based on the fundamental and human rights established in International Treaties and Conventions related to natives communities, it is intended to reflect on the possibility of retrogression regarding the recognition of future indigenous lands. Considering the relevance of the theme, especially for the Amazon region, since indigenous rights related to land have been increasingly discussed and criticized, the analysis of the subject invites a reflection on possible setbacks in established

indigenous rights. In order to develop the present work was use the theoretical-legal methodology associated with the research technique of bibliographic sources of law in general. For this purpose, we study the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court, the constitutional text, legislative acts and administrative acts, and finally, the doctrine in its various strands passing through indigenous and constitutional law. The research indicated that the changes in the competence for recognition and demarcation of indigenous lands violated several provisions of the Brazilian legal system, as well as the international orbit.

Keywords: principle of the prohibition of retrogression; backlash effect; fundamental indigenous rights; demarcation of indigenous territory; Provisional Measure 870/2019.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A MEDIDA PROVISÓRIA 870/2019 E A COMPETÊNCIA PARA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. 3. O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E EFEITO BACKLASH. 4. O RETROCESSO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDÍGENAS. 5. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADI'S 6062, 6172, 6173 e 6174 em relação à Medida Provisória 886/2019. 6. CONCLUSÃO. 7.REFERÊNCIAS.

1.Introdução

Nos últimos anos, o Poder Judiciário tem desempenhado um papel cada vez mais ativo na vida institucional brasileira. A judicialização de questões com grande impacto social e a exploração midiática desses julgamentos aproximam os Tribunais, especialmente o Supremo Tribunal Federal (STF), da sociedade.

Ocorre que a percepção da sociedade diante de decisões com grande repercussão nem sempre se dá de maneira positiva. Nesse sentido, foi desenvolvida uma teoria que tenta explicar a reação social perante importantes julgamentos nos tribunais constitucionais, gerando polêmicas e controvérsias em torno do objeto processual.

Trata-se do efeito *backlash* da jurisdição constitucional, que pode ser conceituado como reação política contra a linha ideológica do ativismo judicial (Marmelstein, 2016, p. 7), podendo ocasionar a ascensão de grupos contrários à atuação jurisdicional e a aprovação de medidas políticas que gerariam retrocesso em termos de direitos fundamentais.

Nesse contexto, pretende-se analisar a presença do efeito *backlash* na edição da Medida Provisória (MP) 870/2019, que estabeleceu a competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa) para a identificação, a delimitação, a demarcação e os registros das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas.

Utilizou-se a metodologia teórico-jurídica associada com a técnica de pesquisa de fontes bibliográficas do direito em geral. Como objeto da pesquisa estudou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o texto constitucional, atos legislativos e executórios e a doutrina jurídica, especialmente no que tange ao direito indígena e constitucional.

O propósito do presente artigo é compreender a dinâmica desse fenômeno e perceber os seus riscos de retrocesso para os direitos fundamentais indígenas, especialmente quanto ao direito relacionado aos direitos originários às terras que tradicionalmente habitam diante da edição da referida Medida Provisória e da regulamentação por meio de Decreto Executivo.

2. A Medida Provisória 870/2019 e a competência para demarcação de terras indígenas

A Medida Provisória 870/2019 foi publicada em 1º de janeiro de 2019, primeiro dia de um novo governo, estabelecendo a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios.

Dentre suas disposições, merece destaque a previsão de competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento para a identificação, a delimitação, a demarcação e os registros das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, nos termos do art. 21, XVII e § 2º, I, *in verbis*:

Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento

Art. 21. Constitui área de competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento:

[...]

XIV - reforma agrária, regularização fundiária de áreas rurais, Amazônia Legal, terras indígenas e quilombolas;

[...]

§ 2º A competência de que trata o inciso XIV do caput, compreende:

I - a identificação, a delimitação, a demarcação e os registros das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas; e

A fim de regulamentar a estrutura do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, o governo federal editou Decreto nº 9.667 em de 2 de janeiro de 2019, estabelecendo a sua área de competência nos seguintes termos:

Art. 1º O Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, órgão da administração federal direta, tem como área de competência os seguintes assuntos:

[...]

XIV - reforma agrária, regularização fundiária de áreas rurais, Amazônia Legal, terras indígenas e quilombolas;

[...]

§ 2º A competência de que trata o inciso XIV do caput, compreende:

I - a identificação, a delimitação, a demarcação e os registros das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas;

[...]

Art. 11. À Secretaria Especial de Assuntos Fundiários compete:

I - formular, coordenar e supervisionar as ações e diretrizes sobre:

[...]

f) identificação, delimitação, demarcação e registro das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas; e

g) licenciamento ambiental nas terras quilombolas e indígenas, em conjunto com os órgãos competentes; e

[...]

Art. 14. Ao Departamento de Identificação, Demarcação e Licenciamento compete:

I - coordenar, implementar, normatizar e traçar diretrizes acerca da identificação e demarcação de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas e de terras remanescentes de quilombos;

II - coordenar a formação de Grupos Técnicos Especializados para realizar o estudo de identificação e demarcação de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas;

III - manifestar-se em todo e qualquer licenciamento que afete direta ou indiretamente as terras indígenas e quilombolas; e

A fixação da referida competência gerou grande repercussão na mídia, sendo alvo de duras críticas, mas também de relevante apoio social. Isto se deve porque a competência para a identificação, a delimitação, a demarcação e os registros de terras indígenas era da FUNAI – Fundação Nacional do Índio, fundação federal criada pela Lei nº 5.371/1967 e do Ministério da Justiça, ao qual àquela é vinculada.

A FUNAI é a coordenadora e principal executora da política indigenista do Governo Federal. Nesse sentido, cabia à FUNAI promover estudos de identificação e delimitação, demarcação, regularização fundiária e registro das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, além de monitorar e fiscalizar as terras indígenas.

Assim, a governo federal transferiu a atribuição de uma fundação que tem como função essencial a execução da política públicas voltadas às populações indígenas para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, o qual possui como alçada principal a execução da política agrícola e o fomento da produção agropecuária.

A medida foi criticada por órgãos e autoridades especializadas na temática, como, por exemplo, a edição da Nota Técnica nº 1/2019-6^aCCR pela 6^a Câmara de Coordenação e Revisão - Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais do Ministério Público Federal (MPF), defendendo a inconstitucionalidade da Medida Provisória 870/2019 e dos Decretos 9.673/2019 e 9.667/2019.

No documento, o MPF afirma que a política indigenista instituída pela MP e pelos decretos afronta o estatuto constitucional indígena e viola o direito dos povos originários à consulta prévia, previsto na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Além disso, a MP nº 870/2019, ao retirar da Funai a competência para realizar os estudos para demarcação de terras indígenas, transferindo a matéria para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, inviabilizou a promoção de uma política ambiental que respeite a convergência entre o usufruto exclusivo das terras indígenas e a preservação do meio ambiente nesses territórios, o que implica retrocesso repudiado pelo sistema da Constituição, como já afirmou o STF na ADI nº. 4717.

Na nota, o MPF defende que a demarcação de terras indígenas volte ao Ministério da Justiça, que seria um mediador isento no caso de conflitos de interesses.

Outrossim, o Partido Socialista Brasileiro (PSB), em 31 de janeiro de 2019, ajuizou no Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6062 contra dispositivos da referida Medida Provisória na parte em que incluiu entre as atribuições do

Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento as competências relacionadas às terras indígenas.

A ação também busca a declaração de inconstitucionalidade de regras do Decreto 9.667/2019 que detalham o exercício das competências relacionadas às terras indígenas, retiradas da FUNAI e concentradas na Secretaria de Assuntos Fundiários do Mapa.

Por outro lado, a mudança foi defendida por apoiadores do atual governo no âmbito do Poder Executivo e Legislativo.

Ressalta-se que, nos termos do art. 64, § 3º da Constituição Federal, as Medidas Provisórias têm validade de 60 (sessenta) dias, prorrogáveis por mais 60 (sessenta) dias, perdendo sua eficácia se não for convertida em lei até o final desse prazo.

Já os Decretos editados na forma do art. 84, inciso VI, alínea "a" da Constituição de 1988, ou seja, que dispõem sobre organização e funcionamento da administração federal sem implicar em aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos não têm prazo de validade, vigorando enquanto outro decreto regulamentar não dispor sobre os mesmos termos.

Ocorre que no caso em comento, tratando-se de transferência de competência da Administração Indireta (FUNAI) para Administração Direta do Poder Executivo (Ministério), fez-se necessário a edição de medida legislativa.

Assim, a ausência de conversão da Medida Provisória 870/2019 em lei não retira a relevância do assunto, em especial à possibilidade de regressão em direitos já consagrados.

Portanto, nota-se uma polêmica acerca da transferência da competência da FUNAI para o MAPA. Com base nisso, pretende-se estudar se o conteúdo das medidas legislativas promoveu um efeito *backlash* com fundamento, principalmente, nos direitos indígenas fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

3.O princípio da vedação ao retrocesso social e o efeito *backlash* da jurisdição constitucional

A teoria do efeito *backlash* da jurisdição constitucional nasceu nos Estados Unidos da América, tendo como grandes expoentes o professor Michael Klarman (1994) e Felice A. Stern (1965). Klarman (2007) relacionou diversos julgamentos da suprema corte americana com questões de ordem social e institucional, em que, diante de decisões com

caráter mais liberal, houve uma expressiva rejeição política e social, gerando um retrocesso nos direitos debatidos na decisão.

O caso *Furman v. Georgia* é um dos mais emblemáticos para ilustrar o efeito *backlash*. Em 1972, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu pela inconstitucionalidade da pena de morte, com fundamento na oitava emenda da constituição norte-americana, que proíbe a adoção de penas cruéis e incomuns.

Ocorre que, postura liberal da Suprema Corte gerou críticas da sociedade e fortaleceu o grupo conservador, que conquistou, nas eleições seguintes, diversos cargos no parlamento e no executivo, tendo como bandeira política o endurecimento da legislação penal.

Diante do apoio popular, os grupos conservadores conseguiram aprovar diversas leis aumentando o rigor da legislação penal, inclusive ampliando as possibilidades de aplicação da pena de morte. Conforme leciona Katya Kozicki (2015, p. 194)

“O termo *backlash* pode ser traduzido como reação, resposta contrária, repercussão. Dentro da teoria constitucional, vem sendo concebido como a reação contrária e contundente a decisões judiciais que buscam outorgar sentido às normas constitucionais. Seriam, então, reações que acontecem desde a sociedade e questionam a interpretação da Constituição realizada no âmbito do Poder Judiciário. No Brasil, penso ser o caso, especialmente, das reações populares às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade. O engajamento popular na discussão de questões constitucionais não apenas é legítimo dentro dessa perspectiva, mas pode contribuir, também, para o próprio fortalecimento do princípio democrático”.

De acordo com George Marmelstein (2016, p. 6), o processo segue uma lógica que pode assim ser resumida:

“(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4)

Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão. ”

Assim, o efeito *backlash* consiste na mobilização das forças políticas e sociais em reação a uma decisão do Judiciário; a oposição ferrenha dessas forças pode produzir um acirramento de tensões preexistentes na ordem social que, na prática, pode levar à reversão da decisão judicial. É a indignação em massa das forças políticas e sociais contra determinado posicionamento do Judiciário (na maioria dos casos, da jurisdição constitucional, já que os posicionamentos adotados no controle concentrado de constitucionalidade atingem um número indeterminado de pessoas, graças à ampla incidência dos efeitos da decisão). Nesse sentido, é a lição de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2013, p. 346):

“Decisões em descompasso com estes valores podem gerar um efeito conhecido como *backlash*, que consiste em ampla mobilização das forças políticas e sociais que se opõem à mudança, o que, além do aumento da polarização da sociedade, pode acarretar, como resultado prático, a reversão da alteração”.

No Brasil é notória a presença do efeito *backlash*, fruto da reação política ao aumento do protagonismo judicial nas últimas décadas. É perceptível a ascensão política de grupos conservadores, havendo, de fato, um risco de retrocesso no que tange a direitos fundamentais de minorias.

A cada caso polêmico enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, tenta-se, na via política, aprovar medidas legislativas contrárias ao posicionamento judicial. Assim, por exemplo, o reconhecimento da validade jurídica das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4277) tem gerado, na via política, o crescimento de vozes favorável ao chamado Estatuto da Família, que pretende excluir as relações homoafetivas da proteção estatal.

Do mesmo modo, a decisão do Supremo Tribunal Federal de não-criminalizar a antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia do feto, bem como a decisão favorável à realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias (ADPF 54), provocou o fortalecimento político de grupos mais conservadores, favoráveis ao chamado Estatuto do Nascituro, cujo objetivo principal é proibir absolutamente o aborto e as pesquisas com células-tronco.

O que se nota, nesses casos, é que a postura liberal do STF tem contribuído, curiosamente, para a ascensão do conservadorismo. Mas isso não é necessariamente paradoxal. Em verdade, a mudança jurídica decorrente da decisão judicial obriga que os conservadores explicitem seus pontos de vista claramente e, nesse processo, um sentimento de intolerância que até então era encoberto pela conveniência do *status quo*. (Marmelstein, 2016, p.12).

Nesse sentido, a teoria denominada “Constitucionalismo democrático”, desenvolvida por Reva Siegal e Robert Post (2007), afirma que o Judiciário deve se manifestar sobre tais casos, mesmo que haja uma rejeição da decisão pela sociedade. Assim, o *backlash* não seria negativo e a discordância interpretativa, uma condição normal para o desenvolvimento do direito constitucional.

Há uma corrente que entende o fenômeno *backlash* não necessariamente com conteúdo negativo, mas tão somente uma divergência da sociedade, que não representaria uma ameaça ao funcionamento ordinário do jogo democrático. Da mesma forma, a decisão com viés mais liberal ou progressista dos Tribunais não poderia ser encarada sempre como o melhor entendimento a ser seguido. Nesse sentido, conclui Vanice Regina Lírio do Valle (2013, p. 21):

“Oposição a uma deliberação do poder – e o Judiciário certamente o é – a nada mais expressa do que uma fase de um diálogo permanente na busca da atualização de sentido do texto constitucional. Retomando as leis de Newton - terceira lei de Newton – a toda ação corresponderá uma reação;,, aquilo de que se cuida é da relação de forças agindo sobre um corpo, e o movimento que elas causam. Desconhecer um dos vetores de força (*backlash*) é entender mal o movimento. Se a decisão judicial em controle de constitucionalidade tem a virtude de retirar o corpo (social) da inércia; nem por isso se deve entender que essa mudança de movimento conduza direta e inexoravelmente à melhor trajetória. Corpos em movimento sujeitam-se a complexas relações de forças – e o aprimoramento do seu curso do Estado Democrático de Direito rumo à concretização dos valores constitucionais depende justamente de (re)conhecer-se todos esses vetores.”

Ocorre que a manifestação do fenômeno no Brasil tem demonstrado uma tendência ao retrocesso em relação aos direitos fundamentais, como nos casos do Supremo Tribunal Federal supracitados. Assim, este artigo pretende relacionar o efeito *backlash* com uma possível regressão dos direitos garantidos nas decisões judiciais.

Partindo-se da premissa que o efeito *backlash* é uma reação política e social contra a linha ideológica do ativismo judicial, será utilizado como decisão paradigma o acórdão da PET 3388, também conhecida como caso Raposa Serra do Sol, julgamento pelo Supremo Tribunal Federal em 2009.

Na decisão, a Corte decidiu pela manutenção da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, e a retirada dos produtores rurais que à época a ocupavam, porém, listou uma série de condições para a execução da decisão, nomeadas de salvaguardas, em razão da alta complexidade das questões sociais, culturais, antropológicas e federativas envolvidas nesse caso. Dentre as premissas estabelecidas no acórdão, merecem destaque para fins deste estudo as seguintes:

“AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS. INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.

8. A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal.

9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. **Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural.** Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. **Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988,**

desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de desenvolvimento nacional tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.

11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das fazendas situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da Raposa Serra do Sol. 11.3. **O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e ainda aquelas que se revelarem necessárias à reprodução física e cultural de cada qual das comunidades étnico-indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios).** Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse

permanente e usufruto exclusivo, de parilha com a regra de que todas essas terras são inalienáveis indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que os artigos 231 e 232 da Constituição Federal constituem um completo estatuto jurídico da causa indígena. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado princípio da proporcionalidade. A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado princípio da proporcionalidade, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.

12. DIREITOS ORIGINÁRIOS. **Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente reconhecidos, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva.** Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de originários, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como nulos e extintos (§ 6º do art. 231 da CF).

13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em bolsões, ilhas, blocos ou clusters, a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio). (Pet 3388 / RR – RORAIMA, Relator Min. CARLOS BRITTO,

Tribunal Pleno, DJe 24/09/2009, Publicação em 25/09/2009). (Grifos não originais).

Como se vê, a Corte Suprema tem entendimento muito consolidado a respeito de dois tópicos fundamentais para a demarcação das terras indígenas: 1) a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena; 2) a vedação à ampliação de terras indígenas já demarcadas.

Para os indígenas daquela região, a decisão do nosso Tribunal Maior atendeu plenamente os interesses das etnias residentes, porquanto entendeu como válido e regular todo o processo demarcatório, corroborando a sua forma contínua e mandando retirar todos os não índios que lá promoveram reconhecido esbulho.

Entretanto, para o futuro da política indigenista no Brasil alguns retrocessos se verificaram e muitas dúvidas se levantaram, primeiramente com o estabelecimento das 19 (dezenove) diretrizes trazidas pelo Ministro Menezes Direito, discussão inclusive que se alastrou entre os próprios julgados daquela Suprema Corte.

Assim, o caso Raposa Serra do Sol constitui um dos julgamentos mais importantes da história recente da Suprema Corte brasileira, visto que as difíceis e complexas questões jurídicas e sociais envolvidas no caso Raposa Serra do Sol exigiram do STF o desenvolvimento de processos de interpretação criativa da Constituição, especialmente de seus artigos 231 e 232, que perfazem o sistema de direitos e garantias fundamentais dos índios.

Percebe-se, portanto, uma atuação predominantemente protetiva em relação ao direito à demarcação das terras indígenas, evidenciado a função contramajoritária do Supremo, é dizer, de protetor das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional (Celso de Mello, ADPF 187, 2011). Nas palavras do Ministro Luis Roberto Barroso (2012, p. 19):

“Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. ”

Sucedeu-se que a posição do Supremo foi intensamente criticada por membros do Poder Legislativo que defendem os interesses do agronegócio, bem como de parcela da sociedade. Nesse ínterim, surgiram propostas legislativas tendentes a modificar o

procedimento de demarcação de terras indiretas e alterar a execução de políticas indigenistas.

Isto posto, pretende-se inferir que houve uma reação política contra a linha ideológica adotada na decisão do Supremo Tribunal Federal, ocasionando, conseqüentemente, a ascensão política de grupos contrários à atuação jurisdicional e a aprovação de medidas políticas que geram retrocesso aos direitos fundamentais.

A Medida Provisória e o Decreto concretizam uma das bandeiras defendidas pelo atual presente durante a companha presidencial quanto à oposição da demarcação e reconhecimento de terras indígenas. (Folha de São Paulo, 2019).

Assim, caracteriza-se efeito *backlash*, no caso em análise, no momento em que a maioria do eleitorado brasileiro elegeu um grupo político que defendia restrições às garantias relacionadas às terras indígenas, dentre elas as premissas estabelecidas na decisão judicial, e, no primeiro dia de governo, edita medida política a fim de alterar o regime jurídico anterior.

4. Retrocesso aos direitos fundamentais indígenas

Direitos fundamentais podem ser conceituados como bens ou valores que objetivam concretizar a dignidade da pessoa humana ou limitar o poder estatal, previstos em uma Constituição ou norma equivalente.

Nesse sentido, rompendo com os ordenamentos jurídicos anteriormente instaurados, a Constituição Federal de 1988 reconheceu direitos originários aos povos indígenas e ampliou suas garantias.

Imperioso fazer um parêntese quanto à diferença entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Parte majoritária da doutrina entende não serem expressões sinônimas, no entanto, os termos se separariam apenas pelo plano de sua positivação, sendo, portanto, normas jurídicas exigíveis no plano interno do Estado (direitos fundamentais) e no plano do Direito Internacional (direitos humanos), e, por isso, positivados nos instrumentos de normatividade internacionais como Tratados e Convenções Internacionais (Fernandes, 2017, p. 321).

Muito embora exista tal distinção para fins didáticos, os direitos humanos e fundamentais não se repelem, mas se complementam, como afirma o Ministro Gilmar Mendes (2008, p. 234):

“Essa distinção conceitual não significa que os direitos humanos e os direitos fundamentais estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si. Há uma interação recíproca entre eles. Os direitos

internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais os direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais”.

Quanto à consagração dos direitos humanos aos povos indígenas merecem destaque a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Constituinte brasileiro achou por bem organizar os direitos e garantias fundamentais aos indígenas em capítulo próprio, no entanto, importante lembrar que os direitos individuais e coletivos previstos no art. 5º aplicam-se da mesma forma aos povos indígenas.

O Supremo Tribunal Federal considerou, inclusive, os direitos fundamentais indígenas, especificamente os relacionados à demarcação de terras indígenas, como um “capítulo avançado do constitucionalismo fraternal”. Relevante a transcrição de parte da ementa do julgado do caso Raposa Serra do Sol:

9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

Em seu voto, o Ministro Relator Carlos Ayres Brito defendeu que a demarcação de terras indígenas representa um capítulo avançado do nosso constitucionalismo fraternal, típicos de uma era compensatória das desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas e procurando alcançar o superior estágio da integração comunitária de todo o povo brasileiro. Dentre os direitos positivados no texto constitucional, destaca-se os direitos relacionados à terra dispostos no art. 231, *in verbis*:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das

terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º. (Grifos não originais).

No que tange ao regime jurídico das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas o artigo 20, inciso X as reservou como de domínio da União, sendo a posse permanente e o usufruto exclusivo aos índios.

O reconhecimento da posse à terra é fator preponderante para a preservação da cultura indígena. Nesse sentido, afirma José Afonso da Silva (2014, p. 866) que não foi à toa que a questão da terra se transformou no ponto central dos direitos constitucionais indígenas, pois para eles ela tem um valor de sobrevivência física e cultural, intimamente ligada aos sentimentos de identidade e de existência.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) resguarda o direito de propriedade aos povos indígenas com base no art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Caso Comunidade Moiwana vs. Suriname).

A Corte IDH revisita o direito de propriedade privada para assegurar o direito de propriedade coletiva e comunal da terra, como base da vida espiritual e cultural dos povos indígenas, bem como de sua própria integridade e sobrevivência econômica (Piovesan, 2014, p. 184).

A Convenção 169 da OIT, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 5.051 de 2004, prevê no artigo 13, parte 1, posteriormente alterado pelo Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019, a importância da terra para a cultura e valores dos povos indígenas:

“Artigo 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os

casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação. ”

A terra, pois, no que diz respeito aos índios, transcende ao aspecto meramente patrimonial. Ela se apresenta como condição de existência, de vida desses povos. E é a vida não apenas física, biológica, mas em suas múltiplas referências. Além da sobrevivência física de cada um dos membros da comunidade, busca-se garantir a sobrevivência de indivíduos numa intersubjetividade de compreensão.

Relembrando o julgamento da PET 3388, a Suprema Corte teceu importantes premissas quanto ao falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento:

“Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecutorio de um tipo de "desenvolvimento nacional" tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena. ”

Levando em consideração a relevância do território às comunidades e, conseqüentemente da demarcação das terras indígenas, questiona-se quanto ao retrocesso aos direitos fundamentais e direitos humanos relacionados às terras indígenas.

Vige em nosso ordenamento jurídico o princípio da vedação ao retrocesso, também denominado de princípio da proibição da evolução reacionária que expressa a impossibilidade de retroceder, suprimir ou reprimir direitos fundamentais fixados na Constituição Federal. Na linha de explicação de Ingo W. Sarlet (2009, p. 6), o princípio da proibição de retrocesso social significaria

“toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não)”.

Podemos considerar, portanto, que os direitos fundamentais devem ser dotados de garantia e estabilidade em relação as conquistas alcançadas pela sociedade em relação ao legislador (Canotilho, 2004, p. 111).

Sucedese que as alterações promovidas pela Medida Provisória 870/2019 colide com os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente previstos no art. 231 da Constituição Federal, bem como dispositivos na Convenção 169 da OIT – artigos 13 a 19 - que consagram os direitos de propriedade e de posse às comunidades indígenas sobre as terras que ocupam.

Conforme já explanado, as medidas esvaziaram a atribuição mais significativa da FUNAI, qual seja, de promover estudos de identificação e delimitação, demarcação, regularização fundiária e registro das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.

Importante ressaltar que a FUNAI foi criada com a finalidade de executar a política indigenista, tendo como missão a promoção e defesa dos direitos dos povos indígenas.

Em contrapartida, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento é responsável pela gestão das políticas públicas de estímulo à agropecuária, pelo fomento do agronegócio e pela regulação e normatização de serviços vinculados ao setor.

Nota-se que foge completamente da finalidade do Ministério, tanto em seu aspecto técnico como histórico, a competência para regularização de terras indígenas.

É fato notório a disputa histórica entre as comunidades indígenas e ruralistas, avanço das grandes fazendas sobre as terras indígenas, bem como a exploração de madeira e garimpos de forma ilegal. O conflito agrário foi, inclusive, o fundamento para o ajuizamento da Ação Popular PET 3388 no STF, julgado explorado em tópico anterior.

Os conflitos no campo foram os responsáveis por ao menos 24 assassinatos ocorridos em 2018 – 5 delas de indígenas e quilombolas. O número total de casos é inferior aos computados em 2017, quando houve 71 mortes, mas não representa uma queda na violência, segundo a Comissão Pastoral da Terra (CPT), responsável pelo levantamento. (G1, 2019).

De acordo com o antropólogo Carlos Fausto, de 1988 a 2010 houve um processo contínuo de demarcação, sem grande interferência dos níveis mais altos da política, à exceção da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Durante todos esses anos, houve conciliação do desenvolvimento agrícola com a criação de áreas de conservação e terras indígenas.

Segundo a FUNAI, atualmente existem 462 terras indígenas no Brasil - o que representa cerca de 12,2% do território nacional – mas apenas 8% estão regularizadas. A maior parte se concentra na Amazônia Legal.

Assim, a regularização de terras indígenas com processos pendentes sofre grande e iminente risco de ser interrompida.

Muito embora o direito ao reconhecimento da terra esteja regulamentado em nível constitucional e consagrado no âmbito internacional, percebe-se a sua fragilidade diante de interesses políticos e econômicos. Nesse sentido, defende o jurista Edson Damas da Silveira (2010, p. 32):

“Negando-se o direito de autodeterminação das “minorias invisíveis” que resistiram ao poderio opressor do estado-nação, se estaria por tabela deixando de reconhecer uma pluralidade de culturas que sempre existiu e que, com a supremacia dos interesses privados do mercado e a sua confusão com as políticas de estado, passou a incomodar quem de fato controla e dita os rumos da sociedade hegemônica”.

Portanto, o princípio da proibição da evolução reacionária deve ser um forte instrumento para evitar retrocessos e abusos nos futuros processos de reconhecimento e demarcação de terras indígenas.

5.A decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADI's 6062, 6172, 6173 E 6174 em relação à Medida Provisória 886/2019

O então Presidente da República Jair Bolsonaro editou a Medida Provisória 870, de 1º de janeiro de 2019. Essa MP tratou sobre a competência de diversos órgãos e entidades da administração pública federal.

Um dos temas disciplinados era a competência para demarcação das terras indígenas. O art. 21, § 2º da MP 870/2019 transferia da FUNAI para o Ministério da Agricultura a competência para demarcação das terras indígenas.

Essa MP foi parcialmente aprovada pelo Congresso Nacional e se tornou a Lei nº 13.844/2019, publicada no dia 18/06/2019.

Um dos pontos rejeitados pelo Parlamento foi a transferência da competência da demarcação das terras indígenas para o Ministério da Agricultura. O Congresso Nacional rejeitou esse dispositivo que, portanto, não virou lei.

Assim que a Lei nº 13.844/2019 foi publicada, o Presidente da República editou uma nova medida provisória, a MP 886/2019, que teve como objetivo alterar diversos dispositivos da recém-publicada Lei nº 13.844/2019.

Ocorre que essa MP 886/2019 trouxe novamente um dispositivo transferindo para o Ministério da Agricultura a competência para a demarcação das terras indígenas.

Diante disso, antes mesmo que a MP 886/2019 fosse analisada pelo Congresso Nacional, diversos partidos políticos ajuizaram ADI no STF afirmando que esse dispositivo da MP que transfere a competência é inconstitucional, por violar o art. 62, § 10, da CF/88.

A Constituição Federal prevê, expressamente, que é vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada, consoante dispositivo transcrito abaixo:

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional

[...]

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32/2001)”.

Pela lógica da separação de Poderes, ao se admitir, diante da rejeição do Congresso, a possibilidade de edição de nova Medida Provisória com a mesma matéria anteriormente rejeitada, haveria uma sucessão infundável de atos normativos. Além disso, a última palavra, no momento de conversão de projeto de lei em lei, é do Congresso Nacional. O Presidente da República tem apenas o poder de veto.

Assim, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional dispositivo da MP 886/2019, que transferia para o Ministério da Agricultura a competência para realizar a demarcação de terras indígenas.

Essa disposição foi declarada inconstitucional porque o Congresso Nacional já havia rejeitado uma outra proposta, com esse mesmo teor, prevista em outra medida provisória (MP 870), editada no mesmo ano/sessão legislativa (2019).

Nesse sentido, o STF entendeu que houve a reedição, na mesma sessão legislativa, de proposta que já havia sido rejeitada pelo Congresso Nacional, o que violou o § 10 do art. 62 da Constituição Federal.

Nos termos expressos da Constituição Federal, é vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada.

Muito embora a referida Medida Provisória tenha sido extirpada do ordenamento jurídico e seus efeitos cessados, o ato normativo não foi declarado inconstitucional com fundamento na violação e retrocessos causados a direitos fundamentais, mas baseado em argumentos formais de desrespeito ao processo legislativo.

6. Conclusão

Não se pretende chegar a conclusões definitivas, visto que o efeito *backlash* não é um fenômeno estático, mas que se manifesta de forma dinâmica no decorrer de momentos históricos. Assim, o efeito *backlash* no que tange às comunidades indígenas continuará se manifestando enquanto as medidas políticas não forem revertidas.

Portanto, podemos constatar a presença do fenômeno com a reação política e social contra a linha ideológica adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol e a consequente ascensão política de grupos contrários à atuação jurisdicional que aprovou a MP e o Decreto, gerando retrocesso aos direitos fundamentais e humanos ligados à demarcação de terras indígenas.

No julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, o Ministro relator Carlos Ayres Brito esclareceu que há precisas coordenadas constitucionais para a identificação das terras indígenas a demarcar, ficando a cargo do Poder Executivo tal tarefa, competindo ao Congresso Nacional algumas situações de excepcional e expressa intervenção.

Muito embora existam coordenadas constitucionais para a identificação das terras indígenas, percebe-se que as garantias relacionadas a esses direitos são extremamente vulneráveis. As instituições indigenistas e as próprias comunidades indígenas perderam dos poucos instrumentos de defesa que os governos anteriores ofereciam, qual seja, o essencial papel de mediador do Poder Executivo Federal nos históricos conflitos entre índios e ruralistas.

Tendo em vista a recente aprovação das medidas, não houve tempo para o governo executar a nova política relacionada ao reconhecimento e à demarcação de terras indígenas. Entretanto, não devemos aguardar o efetivo retrocesso para tomar medidas repressivas. Imperioso que o princípio da vedação ao retrocesso seja utilizado de forma a

evitar medidas executivas que visem restringir, suprimir ou retroceder o processo de reconhecimento e demarcação de terras indígenas.

7.Referências

BRASIL. Constituição (1988). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 26 de outubro de 2022.

_____. Medida Provisória 870, de 1º de janeiro de 2019. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º de janeiro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm> Acesso em: 26 de outubro de 2022.

_____. Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019. Conversão da Medida Provisória nº 870, de 2019 Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera as Leis nos 13.334, de 13 de setembro de 2016, 9.069, de 29 de junho de 1995, 11.457, de 16 de março de 2007, 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, 8.001, de 13 de março de 1990, 11.952, de 25 de junho de 2009, 10.559, de 13 de novembro de 2002, 11.440, de 29 de dezembro de 2006, 9.613, de 3 de março de 1998, 11.473, de 10 de maio de 2007, e 13.346, de 10 de outubro de 2016; e revoga dispositivos das Leis nos 10.233, de 5 de junho de 2001, e 11.284, de 2 de março de 2006, e a Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13844.htm> Acesso em: 26 de outubro de 2022.

_____. Decreto nº 9.667, de 2 de janeiro de 2019. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, transforma cargos em comissão e funções de confiança e altera o Decreto nº 6.464, de 27 de maio de 2008, que dispõe sobre a designação e atuação de adidos agrícolas junto a missões diplomáticas brasileiras no exterior. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 de janeiro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9667.htm> Acesso em: 27 de março de 2019.

_____. Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019, que consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela

República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5>. Acesso em: 26 de outubro de 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A CF/88 prevê expressamente que é vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/58e16dc760ca166c476403499ff5c59b>>. Acesso em: 26/10/2022.

KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. In: Hart Lecture at Georgetown Law Center, March 31, 2011 – Speaker’s Notes.

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>> Acesso em 26 de outubro de 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Juspodivm, 9ª edição, 2017.

< <https://www.gov.br/funai/pt-br/>.> Acesso em 26 de outubro de 2022.

<<https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota-tecnica-1.2019>> Acesso em 26 de outubro de 2022.

<<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/11/no-que-depender-de-mim-nao-tem-mais-demarcacao-de-terra-indigena-diz-bolsonaro-a-tv.shtml/>> Acesso em 26 de outubro de 2022.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and the backlash. Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review, v. 42, n. 2, p. 373-433, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968>. Acesso em 26 de outubro de 2022.

STERN, Felice A., Backlash. American Speech, Vol. 40, No. 2 (May, 1965), pp. 156-157.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. São Paulo: Malheiros, 9ª edição, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

SILVEIRA, Edson Damas da. *Meio Ambiente, Terras Indígenas e Defesa Nacional*. Curitiba: Juruá, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em 26 de outubro de 2022.

KOZICKI, Katya. *Backlash: as "reações contrárias" à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153*. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). *O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-194.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática* [online]. 2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica>. Acesso em 26 de outubro de 2022.

< <https://epoca.globo.com/os-indios-nao-sao-coitadinhos-diz-antropologo-23350168>> Acesso em 26 de outubro de 2022.

< <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/01/02/bolsonaro-transfere-para-a-agricultura-as-atribuicoes-sobre-demarcacao-de-terras-indigenas-e-quilombolas.ghtml>> Acesso em 26 de outubro de 2022.

STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187*. Relator(a) : Ministro Celso de Mello. DJe: 15/06/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>> Acesso em 26 de outubro de 2022.

STF. *Petição 3388 / RR – RORAIMA*. Relator(a): Min. Carlos Ayres Britto. DJe: 25/09/2009. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>> Acesso em 26 de outubro de 2022.

STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 561. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Pendente de Julgamento. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339338434&ext=.pdf>> Acesso em 26 de outubro de 2022.

SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013

BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC) Á LUZ DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (PCD) : PROGRESSO E LIMITAÇÕES AO LONGO DO TEMPO

KAROLEM SOUSA SILVA:

Bacharelanda em Direito pelo Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão (Unisulma/IESMA).

ARISSON CARNEIRO FRANCO ²⁶

(coautor)

RESUMO: O Benefício de prestação continuada (BPC) é um direito assistencial previsto na Constituição, além de fazer parte da política previdenciária brasileira para proteger pessoas idosas e deficientes que demonstrem não ter meios de automanutenção ou que estes não sejam fornecidos por sua família. Desde 1988, houve algumas mudanças positivas na definição de deficiência para as concessões das bolsas do BPC. Tem-se como objetivo Geral do presente artigo a analisar, considerando as mudanças que o benefício assistencial BPC sofreu via decretos ou legislações e sua interação com a crivo legal da pessoa com deficiência-PCD ao longo do tempo. A pergunta de pesquisa que norteou este estudo foi: Como O BPC vem evoluindo desde a sua implementação inicial via alterações legislativas e qual a interação com a crivo legal da pessoa com deficiência-PCD? A partir dessa premissa utilizou-se o método da análise bibliográfica na literatura jurídica nacional para examinar o tema. Este artigo mostrou que apesar do desenvolvimento da política de assistência social no Segurança social e princípios de solidariedade de acesso universal, coexistem no Brasil socialmente protegidos e desprivilegiados. Para que a proteção social de pessoas idosas e deficientes seja efetiva, é necessário adotar um arcabouço jurisdicional sobre o BPC que siga os objetivos e princípios da LOAS. Portanto, há um cenário político e social alarmante no que diz respeito à situação políticas afirmativas voltadas às pessoas com deficiência no Brasil.

Palavras-Chave: Benefício de prestação continuada, Pessoa com deficiência, Assistência Social.

ABSTRACT: The Continuous Cash Benefit (BPC) is an assistance right provided for in the Constitution, and is part of the Brazilian social security policy to protect elderly and disabled

²⁶ Orientador. Professor na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA. Advogado Previdenciário, Mestrando em Direitos das Relações Sociais e Trabalhistas (UDF) e Pós-Graduando em Direito Processual Civil (CERS).

people who demonstrate that they have no means of self-maintenance or that these are not provided by their family. Since 1988, there have been some positive changes in the definition of disability for the granting of BPC benefits. The general objective of this article is to analyze the changes that the BPC benefit has undergone via decrees or legislation and its interaction with the legal definition of disabled people-PCD over time. The research question that guided this study was: How has BPC evolved since its initial implementation via legislative changes and what is its interaction with the legal scepticism of people with disabilities-PCD? From this premise we used the method of bibliographic analysis in the national legal literature to examine the theme. This article showed that despite the development of the social welfare policy in Social Security and principles of solidarity of universal access, socially protected and underprivileged people coexist in Brazil. In order for the social protection of elderly and disabled people to be effective, it is necessary to adopt a jurisdictional framework about BPC that follows the goals and principles of LAS. Therefore, there is an alarming political and social scenario concerning the status of affirmative policies for people with disabilities in Brazil.

Keywords: Continuous Cash Benefit, Pessoa com deficiência, Social Assistance.

1 INTRODUÇÃO

Pronto para corrigir seus erros em o Benefício de Prestação Continuada (BPC) é um direito assistencial previsto na Constituição Federal, e faz parte da política previdenciária brasileira para proteger pessoas idosas e deficientes que demonstrem não ter meios de automanutenção ou que estes não sejam fornecidos por sua família. Sua implementação se deu limitado à transferência de renda sem que ocorresse a prestação de serviços socioassistenciais em articulação com as demais políticas setoriais prevista na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

Desarticulado das ações da assistência social e das demais políticas sociais, a transferência de renda tendeu a tornar-se um fim em si mesmo limitando consideravelmente, a promoção social dos usuários e suas famílias e o rompimento das vulnerabilidades que os levaram à condição de assistido. Ainda o benefício de prestação continuada (BPC) é um direito assistencial garantido pela Constituição Federal de 1988 onde abarca às pessoas com 65 anos ou mais e também às pessoas com deficiência que possuem renda familiar que não seja superior a um quarto do salário mínimo.

No decorrer da conquista dos direitos sociais, a previsão constitucional transformou e fortaleceu o sentido da previdência social no Brasil, deslocando-o do escopo de uma regulação puramente moral para uma obrigação legal. (BOSCHETTI, 2006). Para pessoas com deficiência, tanto física quanto mental, as barreiras de acesso aos serviços são ainda

maiores. Parte disso se deve à incerteza sobre os mecanismos de coordenação e cooperação entre os serviços de saúde, proteção social e assistência social.

Desde 1988, houve algumas mudanças positivas na definição de deficiência para as concessões das bolsas do BPC. Até 2007, o conceito de deficiência consagrado na lei era um conceito estritamente biomédico. Os critérios de elegibilidade baseiam-se no conceito de deficiência, a incapacidade de viver e trabalhar de forma independente devido a uma anomalia/lesão física. Um novo modelo de avaliação de deficiência para elegibilidade ao BPC foi desenvolvido em 2007 e implementado em 2009 devido a fortes dúvidas sobre o modelo biomédico de deficiência, envolvendo movimentos sociais, organizações da sociedade civil e organizações internacionais.

Com base na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) da Organização Mundial da Saúde (OMS), esse novo modelo passa a tratar a deficiência como um problema de função ou estrutura física, mas em um contexto social e pessoal. A funcionalidade e a incapacidade são vistas como resultado das interações entre estado de saúde, ambiente físico, social familiar, além da participação social. Se as pessoas com deficiência (além de 1/4 do salário mínimo per capita da renda familiar) apresentarem deficiências físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais de longo prazo que interajam com diversas deficiências que possam impedi-las de participar plena e efetivamente na sociedade. Como critério de barreira de longo prazo, a lei considera um prazo mínimo de dois anos.

Portanto, a avaliação dos solicitantes para fins de subsídio, além da avaliação médica, inclui também a avaliação social realizada por Assistente Social, também do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Os assistentes sociais dependem da avaliação da composição dos fatores ambientais — físicos, socioambientais e atitudinais — que constituem obstáculos à participação das pessoas com deficiência na sociedade e em alguns setores e atividades. As funções físicas, a capacidade para realização de determinadas atividades. Profissionais médicos avaliam problemas específicos de possível prognóstico contrário, alterações estruturais e lesões de longo prazo. Sua análise inclui organizações de três setores sociais: previdência social, assistência social e saúde.

Assim, além da perícia médica, a avaliação dos requerentes para a concessão de benefícios também incorpora as avaliações sociais dos assistentes sociais, também do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Cabe aos assistentes sociais avaliar os componentes dos fatores ambientais — ambiente físico, social e atitudes — que

constituem barreiras à participação na sociedade e em determinadas áreas de atuação e participação. Parte função corporal, parte área de atividade e parte participativa. Questões específicas sobre mau prognóstico, danos estruturais e danos a longo prazo foram avaliadas por profissionais médicos.

As pessoas com deficiência também devem passar por um exame médico profissional que comprove sua deficiência apenas do ponto de vista biológico e garanta seu desempenho. No entanto, os escopos de avaliação biomédica e as definições de deficiência eram altamente subjetivos. Por não especificar o que é a deficiência, deixa aos profissionais médicos a decisão de quais órgãos deficientes devem ter acesso ao BPC com base em seu conhecimento e julgamento. (BIM e MUROFUSE, 2014).

Apesar dos progressos no escopo e na funcionalidade da avaliação, a atribuição de benefícios é altamente dependente das propriedades subjetivas inerentes à avaliação. É difícil definir parâmetros uniformes e critérios claros para garantir que todos sejam tratados igualmente no processo de candidatura. Isso se estende à indicação do grau de deficiência de uma pessoa com deficiência. As avaliações profissionais consideram não apenas a gravidade, mas também a duração esperada em que se baseiam os benefícios, que não são necessariamente de responsabilidade do médico pericial.

Tem-se como objetivo Geral do presente artigo a analisar, considerando as mudanças que o benefício assistencial BPC sofreu via decretos ou legislações e sua interação com a crivo legal da pessoa com deficiência-PCD ao longo do tempo e objetivos Específicos: Conhecer o levantamento do contexto da LOAS; avaliar o crivo legal da PCD; identificar a interação da relação jurídica entre a Lei do PCD e benefício BPC.

A concessão dos benefícios não está condicionado às contribuições correspondentes providenciárias ou ainda anteriores. É uma medida de proteção social para idosos e pessoas com deficiência para enfrentar vulnerabilidade agravada pela insuficiência de renda devido à velhice e deficiência, garantir seus meios de subsistência, facilitar o acesso a políticas de acesso social e outros, superar a desvantagem social que sofrem e alcançarem independência. (BRASIL, 2007b).

A Lei nº 13.146/2015 instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), sobre o exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência visa promover a integração social e a cidadania à luz do desenvolvimento de políticas públicas em benefício das pessoas com deficiência, visando assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pela pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania (BRASIL, 2015). Com a publicação do Decreto nº. 8.805/20163, a forma de ascensão ao BPC foi modificado, ficando decidido que os beneficiários e/ou requerentes

devem estar cadastrados no Cadastro Único (CadÚnico) para concessão, manutenção e revisão do benefício social.

De acordo com o Decreto 7.612, de 17 de novembro de 2011, foi instituído o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência — Plano Viver sem Limite —, cujo objetivo é promover, por meio da integração e articulação de políticas, programas e ações, o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência. Ainda na legislação brasileira, em seu art. 2º, são consideradas pessoas com deficiências aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação integral e concreta na sociedade em parâmetros de igualdade com as demais pessoas (BRASIL, 2011).

Em 1975, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, a qual previa a defesa do direito das pessoas com deficiência pela igualdade, além da necessidade de apoiar a participação no planejamento social e econômico nacional. Nos anos seguintes, foram elaboradas diretrizes, recomendações e datas simbólicas referentes à questão, o que impulsionou o surgimento de muitos movimentos. Ainda, foram fundadas organizações e entidades de pessoas com deficiência.

Com base nas diferenças quantitativamente observáveis ao longo do tempo, a concessão, emissão e cessação do BPC para a pessoa com deficiência, nos últimos dez anos, passou por poucas oscilações, não se verificando grande ampliação do benefício assistencial. A pergunta de pesquisa que norteou este estudo foi: Como o BPC vem evoluindo desde a sua implementação inicial via alterações legislativas e qual a interação com a crivo legal da pessoa com deficiência-PCD? Partimos da hipótese de que o conceito sobre o BPC, enquanto categoria histórica, está intrinsecamente ligado à forma de como esse direito foi implantado e implementado. Para resolver tal questão analisaremos o direito ao BPC em seu arcabouço jurídico (Constituição de 88, LOAS, PNAS 2004, NOB-SUAS e Decretos 1.744/1995 e 6.214/2007).

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Deficiência e direitos humanos: resgate histórico

Estigmatizada por complexos de inferioridade e exclusão, a história das pessoas com deficiência (PCD) sempre se caracterizou por traços de não julgamento ao longo de sua época (da antiguidade até meados do século XX). No entanto, a partir de meados do século XX, essa categoria de “sub-humanidade” começou a escrever novas histórias. (BONFIM, 2009).

Essa história está enraizada na quebra de preconceitos e em uma luta constante, para buscar proteção e garantia de seus direitos como cidadãos e como seres humanos. Porque quando se trata dos direitos das pessoas com deficiência, não podemos descartar toda a carga semântica que o termo carrega, ao mesmo tempo, em que negligenciamos o longo e o importante processo histórico envolvido na perda da deficiência, compreensão de seu significado. (ARANHA, 2001. p. 01).

De acordo com o Regulamento da Deficiência (Lei 13.1 6/15), uma pessoa será considerada como tal se “tiver uma deficiência física, mental, intelectual ou sensorial de longa duração que, em interação com uma ou mais barreiras, possa impedir seu pleno e participação efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. Sendo compreendidas como impedimento de longo prazo as restrições que durem por pelo menos dois anos sem suspensão (artigo 414, §4º, da Instrução normativa número 77 do INSS).

2.2 Deficiência e princípios fundamentais

Nesse entendimento Diniz *et al.* (2010) refletindo a Constituição da Federação do Brasil. Com uma nova interpretação conceitual e paradigma da visão das pessoas com deficiência no Brasil, amparada por todo o arcabouço internacional e princípios fundamentais estabelecidos na Constituição, de uma forma ou de outra aplicada às pessoas com deficiência, os movimentos sociais relacionados à causa da deficiência passaram a exigir mudanças no arcabouço legislativo nacional, bem como a criação de políticas públicas de garantia dos direitos das pessoas com deficiência, que antes não existiam.

Somente na última década foi possível estruturar um conjunto de ferramentas jurídicas e de políticas públicas para expressar especificamente os direitos garantidos por uma constituição escrita. (p.123). Com essa interpretação, deve-se afirmar que a dignidade da pessoa com deficiência está intrinsecamente ligada à sua inclusão e inclusão social. Seguindo essa análise, Luca e Renzetti Filho (2018, p. 260) afirmam que a dignidade dessas pessoas “deve ser aplicada de forma soberana, dada sua vulnerabilidade social”.

2.3 Políticas públicas das pessoas com deficiência no Brasil

As pessoas com deficiência estão sujeitas ao preconceito e à exclusão social desde a antiguidade. Pesquisas indicam que a ausência do antigo Egito é explicada por preconceitos formados por divisões cósmicas e divinas, questão puramente metafísica. (STIKER,1997).

A partir da participação de teóricos críticos sobre o tema relacionado à deficiência, a luta dos ativistas em prol de grupos minoritários e a negociação intensa entre os governos, consolidou-se um novo

paradigma calcado em princípios fundamentais, como o direito da dignidade da pessoa humana e direito à vida, o novo paradigma fez com que as pessoas com deficiência passassem a ser reconhecidas como pessoas e que possuíam vidas valiosas, dignas de proteção e de ambientes sociais acessíveis aos corpos com impedimentos, sejam sensoriais, físicos ou intelectuais. (DHANDA,2008; LOPES, 2014).

Avançando no quadro legislativo nacional, as pressões sociais surgiram a partir do movimento contra a constituição, e, ao mesmo tempo, contra o poder legislativo, mediante a proteção dos princípios anteriores, outras leis nacionais importantes, declarações e decretos para fortalecer esses titulares de direitos esquecidos. Como resultado, estados e municípios também começaram a tomar medidas para reconhecer e promover os direitos das pessoas com deficiência.

No Brasil, os primeiros discursos relacionados aos direitos das pessoas com deficiência (PCD) ocorreram na década de 1960; reivindicar o direito à convivência social. A mobilização de diferentes classes da sociedade para apoiar as demandas das pessoas com deficiência tem facilitado a politização das questões sociais para avançar, ajudando o Estado a assumir a responsabilidade pela formulação de políticas públicas. (FRANÇA, 2010).

A Constituição Federal de 1988 representa os esforços e lutas do Estado pelos direitos sociais, intensificados na década de 1990 com a implementação de leis e ordenamentos que afetam os direitos sociais do PCD. O estudo de Neri, Costilla e Carvalho (2010) sugere que a legislação brasileira com ênfase na constituição federal de 1988 buscou romper com o modelo previdenciário vigente, garantindo-se a igualdade de oportunidades baseada no princípio de tratamento igual aos iguais e desiguais aos seus desiguais, na medida de sua desigualdade, de forma a se assegurar a igualdade real. Assim, reconheceu-se que a sociedade é contemplada pela diversidade.

Beneficiários desempregados são encaminhados para cursos de qualificação profissional. Consideram-se "habilitados" ou "reabilitados" as pessoas com deficiência que sejam titulares de habilitação profissional ou certificado de reabilitação emitido pelo Instituto Nacional da Segurança Social, que lhes habilite o exercício de empregos que tenham perdido formalmente ou para o exercício de funções adequadas e atividades compatíveis. De acordo com a Lei 8.213 (1991), a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho brasileiro é obrigatória.

Porém, somente aproximadamente uma década depois é que o Ministério do Trabalho e Emprego iniciou a fiscalização do seu cumprimento no âmbito empresarial, atribuindo-se ao Ministério Público do Trabalho (MPT) algumas competências, como a de fiscalizar e avaliar a aplicação nas empresas da reserva de vagas de trabalho para PCD,

incorporando, ainda, as Delegacias Regionais do Trabalho (DRT). A fiscalização é uma ação social em resposta à política proativa do governo. Este regulamento é desenvolvido em virtude do já mencionado Decreto nº. 3.298/99.

Em setembro de 2007, o governo federal lançou um programa de cidadania para pessoas com deficiência, com medidas ampliadas para essa população, mais recursos financeiros, dando maior importância a essa população. Apesar de ser relativamente novo, o programa tratou apenas da implementação e aceleração de elementos já mencionados na lei e nos programas existentes.

O Brasil, pelo Decreto nº 6.999, de 25 de agosto de 2009, adotou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assinada na Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova York em 30 de março de 2007 (a Convenção) e seus Protocolos Facultativos e aprovado de acordo com os procedimentos previstos no § 3º do art. Artigo 5º da Constituição Federal de 1988, Decreto nº 186, de 9 de julho de 2008.

Ressalta-se que em 2010 o governo federal definiu por lei o termo correto para o tratamento da pessoa com deficiência, conforme definido pelo Conselho Nacional da Deficiência, pela portaria 2.3, como o termo exatamente para tratar pessoas especiais exigem. Por lei, eles devem ser tratados como pessoas com deficiência. A palavra "portador" foi oficialmente removida do termo. O decreto foi publicado no Diário Oficial em 5 de novembro de 2010. Na maioria das vezes, não se sabe que o uso de determinados termos pode reforçar distinções e exclusões. A construção de uma sociedade verdadeiramente inclusiva também passa pela atenção a forma como nos reportamos ou ainda nos referimos adequando a uma abordagem que demonstre, intencionalmente ou não, respeito ou discriminação contra pessoas com deficiência.

Decreto nº. 8.145, que entrou em vigor em 12 de março de 2013, dispôs sobre a Lei Complementar nº. 12, de 8 de maio de 2013, que estabeleceu a idade de aposentadoria para pessoas com deficiência. Tem direito a esta aposentadoria segurados empregados, empregados domésticos e autônomos, os quais devem no momento do requerimento ter deficiência, independentemente do grau (leve, moderada ou grave).

Em 2015, entrou em vigor a Lei nº 13.162, de 06 de julho de 2015, que estabelece a Lei nº. do Brasil sobre a Inclusão da Pessoa com Deficiência (Regulamento da Deficiência) 16, estabelecendo regras e diretrizes para promover a promoção de direitos e liberdades das pessoas com deficiência visando garantir a sua inclusão social e a cidadania.

Em 1999 o INSS definiu reabilitação profissional como "Serviços de segurança social destinados a proporcionar meios de requalificação ou reinserção profissional para o regresso ao mercado de trabalho aos segurados que se encontrem impedidos de trabalhar por doença, ou acidente." (art. 89 da Lei 8213/91 e art. 136, do Decreto nº 3.048/99).

O Brasil possui hoje com 31 políticas públicas federais para pessoas com deficiência. Os benefícios aqui descritos referem-se aos três primeiros benefícios previdenciários e à prestação continuada de benefícios previdenciários relacionados ao uso de meios padronizados pela CIF para determinar a invalidez. A Previdência Social, através do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), tem como “uma de suas atribuições de caráter obrigatório é proporcionar o reingresso ao mercado de trabalho e no contexto em que vivem, os beneficiários incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho, e as pessoas portadoras de deficiência”.

Os serviços de reabilitação oferecidos pelo INSS são multidisciplinares, com atendimento de médicos, assistentes sociais, psicólogos, fisioterapeutas e outros profissionais. Um ou mais membros dessa equipe avaliarão a capacidade do segurado de cumprir o plano de recuperação seguindo o conselho de um profissional médico. Caso a avaliação seja positiva e o segurado, seja indicado, o técnico de documentação discute e negocia com a empresa a possibilidade de um novo cargo que se adapte à sua condição clínica. Os segurados que atendem ao plano são certificados, os benefícios expiram e o segurado pode retornar ao trabalho, tornando-se parte da lei de quotas.

Além da possibilidade de adaptação profissional à empresa contratante, o segurado que possui vínculo empregatício pode participar diretamente de cursos de qualificação profissional. Conforme o censo de 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mais de 5 milhões de pessoas no Brasil possuem algum tipo de deficiência. Essas pessoas ainda enfrentam desigualdade no acesso à escola, ao mercado de trabalho e aos serviços.

A deficiência visual foi a mais comum entre os pesquisados, atingindo 35,7 milhões de pessoas, com mais de 6,5 milhões relatando um problema grave e 6 milhões relatando um problema entre os que disseram ter baixa visão. Deficiência visual, com mais de 506 mil pessoas declarando possuírem deficiência visual.

Os distúrbios do movimento ficaram em segundo lugar, com mais de 13,2 milhões de pessoas afirmando ter algum problema, o equivalente a 7% dos brasileiros. Mais de 4,4 milhões de pessoas relataram distúrbios graves do movimento. Desses, mais de 73.000 disseram que não podiam andar ou subir escadas, e mais de 3,6 milhões disseram ter mobilidade limitada. Cerca de 9,7 milhões de pessoas relataram perda auditiva (5,1%).

Mais de 2,1 milhões de pessoas relataram perda auditiva severa. Destes, 3.200 eram surdos e 1,7 milhão tinham deficiência auditiva severa. A deficiência intelectual foi declarada por mais de 2,6 milhões de brasileiros.

Tabela 1-Consideração acerca das deficiências

Amputação	Perda total ou parcial de um determinado membro ou segmento de membro.
Hemiparesia	Perda parcial das funções motoras de um hemisfério do corpo (direito ou esquerdo).
Hemiplegia	Perda total das funções motoras de um hemisfério do corpo (direito ou esquerdo).
Monoparesia	Perda parcial das funções motora de um só membro (inferior ou superior).
Monoplegia	Perda total das funções motoras de um só membro (inferior ou superior).
Nanismo	Deficiência acentuada no crescimento que pode ou não apresentar desproporcionalidade entre as várias porções constituintes do corpo.
Ostomia	Intervenção cirúrgica que cria uma abertura na parede abdominal para adaptação de uma bolsa de fezes e/ou urina .
Paralisia Cerebral	Lesão de uma ou mais área do sistema nervoso central, tendo como consequência alterações psicomotoras, podendo ou não causar deficiência mental.
Paraparesia	Perda parcial das funções motoras dos membros inferiores.
Paraplegia	Perda total das funções motoras dos membros inferiores .
Tetraparesia	Perda parcial das funções motoras dos membros inferiores e superiores.
Tetraplegia	Perda total das funções motora dos membros inferiores e superiores.
Triparesia	Perda parcial das funções motoras em três membros.
Triplegia	Perda total das funções motoras em três membros.

Fonte: Bandini *et al*, (2014, 2015); Simón, 2007; *apud* Telles, 2020.

O Cadastro Nacional de Inclusão das Pessoas com Deficiência foi lançado no final de março. O projeto pretende reunir todas as pessoas com deficiência sob uma única base de dados, facilitando o acesso às políticas públicas para essa população.

“Historicamente, para que uma pessoa com deficiência pudesse reivindicar os seus direitos, ela teria que fazer uma verdadeira romaria administrativa para comprovar a sua condição de pessoa com deficiência”, declarou o secretário nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, Claudio Panoeiro. O cadastro abrangente visa facilitar esse processo por meio de uma plataforma. O sistema permite que os cidadãos obtenham atestados de deficiência por meio da ferramenta Meu INSS.

As pessoas com deficiência são amparadas pela Constituição Federal através de uma política de cotas prevista na Lei 8.213 (1991) do Decreto Legislativo 3.298 (1999) em sua esfera profissional, sendo atribuídas vagas reservadas de acordo com o número acima de 100 de funcionários. Nesse contexto, a PCD tem assegurado o acesso legal ao mercado formal de trabalho (SUZANO *et al.*, 2011). O percentual de contratação das PCD é contingencial. Desse modo, depende do número total de trabalhadores registrados via CLT que a empresa possua, conforme estabelecido no art. 93 da Lei 8.213/91 (TAB. 2):

Tabela 2 – Lei de Cotas

I – de 100 a 200 empregados	2 %
II – de 201 a 500	3 %
III – de 501 a 1000	4 %
IV – de 1.001 em diante	5 %

Fonte: autora, 2022

Empregados com deficiência, não podem ser demitidas sem justa causa, se isso representar o número mínimo de pessoas com deficiência que a empresa deve ter de 2% a 5% do número total de trabalhadores, até a que seja realizada uma contratação com condições semelhantes.

Portanto, essa mesma condição significa a contratação de outro trabalhador também com deficiente ou ainda reabilitado e não necessariamente com a contratação dessa pessoa com a mesma deficiência, ou ainda para a mesma função/cargo, como indica a Justiça do Trabalho na ementa: demissão sem justa causa / Empregado reintegrado nos termos do §1º do artigo 93 da lei 8213/91 : “É imperativo ao determinar que a dispensa de trabalhador com deficiência ou reabilitado só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante”. Percebe-se uma garantia indireta ao emprego que condiciona a validade da dispensa (BRASIL, 2010).

2.4 Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS)

A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) se constitui como obrigação do Estado e, é direito de todo cidadão de solicitar auxílio para a igualdade, com a natureza da obrigação não contributiva contida na obrigação estatal em benefício dos desfavorecidos, que deve ser obtida para viver uma vida mais digna. Dessa forma, a conquista da assistência social é acompanhada de políticas sociais voltadas à redução da pobreza, garantindo condições mínimas de resposta às emergências sociais e direitos sociais universais. (RODRIGUES e MACHADO 2014).

Corroborando tais colocações, em 1993 foi promulgada a LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social (lei 8.742/93) que regulamentou os artigos 203 e 204 da CF. Reafirmando que a assistência social é um conceito geral de política e gestão pública participativa, que visa fortalecer o "resultado social" e sua implementação por meio de um "todo integrado" A LOAS entrou em vigor em 1993, dando origem ao BPC. Este benefício é um auxílio econômico pago pela Previdência Social aos brasileiros que demonstraram não ter acesso a recursos que beneficiem sua subsistência ou que participem plena e efetivamente da sociedade de forma que proporcione condições desiguais aos demais.

A incorporação de garantias nos textos constitucionais levou ao fim da expropriação de direitos e abriu um prazo para sua entrada em vigor. Embora a assistência esteja consagrada na Constituição desde 1988, a assistência não foi regulamentada até a Lei das Organizações de Assistência Social (LOAS) de 1993, nem foi efetivamente implementada até a publicação do Decreto nº. 17/1995, de 1996.

Em renda per capita mensal inferior a um quarto do salário mínimo. De acordo com a distinção estabelecida pela Constituição entre seguridade social e assistência, a lei estabelece que a pessoa com deficiência ou o idoso que tenha direito à assistência deve ter situação econômica precária, além da incapacidade para o trabalho e independência.

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) destina-se a proporcionar proteção social a pessoa idosa e/ou deficientes que demonstrem não terem meios de subsistência, ou que sejam providos pelos seus familiares.

Este direito faz parte da política nacional de assistência social do Brasil, sendo uma garantia constitucional. A assistência social é um dos principais pilares da CF/88, conforme consta no artigo 203 da referida carta, que "será prestada aos necessitados independentemente de contribuições previdenciárias". (BRASIL, [1988] 2020).

Dois anos após a publicação de LOAS, a Procuradoria Geral da República ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade 1.232, alegando que era inconstitucional a concessão ao BPC de um quarto do salário mínimo exigido. (BRASIL, 2001). O BPC é um benefício de

assistência social, no valor de um salário mínimo, pago às pessoas com deficiência e aos idosos com 65 anos de idade ou mais. Para receber o benefício, é exigido que a renda geral, o STF entende que a regra do salário de um quarto do salário mínimo da LOAS familiar mensal seja de 25% do salário mínimo por pessoa, equivalente a R\$275. Além disso, não é preciso ter contribuído para a Previdência Social.

O principal argumento dos procuradores federal era que as normas estatutárias limitavam e restringiam direitos garantidos por normas constitucionais. A moção pedia uma medida provisória para suspender a aplicação do padrão de renda estatutário pendente de determinação sobre o mérito da ação. O pedido foi negado porque os legisladores ordinários cumpriram seu dever de alterar a norma implementando a norma. Em 27 de agosto de 1998, os procedimentos diretos do Processo Constitucional nº. 1232, relatada pelo Ministro Elmar Galvão.

2.5 Deficientes O "direito" a ter direito: evolução conceitual e elegibilidade do BPC

O BPC é um benefício de transferência de renda para pessoas idosas ou com deficiência, incapazes de trabalhar e viver de forma independente, que tenham renda familiar per capita inferior a um quarto do salário mínimo.

Esse benefício está em vigor no Brasil desde 1993, de acordo com o artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988. O valor da transferência é equivalente a um salário mínimo mensal. As transferências são independentes de contribuições anteriores para a Segurança Social e não estão obrigadas a qualquer contrapartida. Todas as pessoas em situação de extrema pobreza com idade superior a 65 anos têm direito a este benefício, independentemente da sua deficiência.

No caso de pessoas com deficiência não idosas, somente pessoas em extrema pobreza que não podem viver e trabalhar de forma independente recebem o BPC, mas podem de fato realizar sua vida diária (banhar-se, comer, vestir-se, caminhar) tenha deixado de ser determinante para o benefício após a Ação Civil Pública nº 2730000002040/AC, de 11 de abril de 2007.

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) tem como objetivo garantir o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos. Os benefícios são iguais ao valor do salário mínimo mensal para pessoas idosas com deficiência e necessidades, cujos requisitos estão contidos nos artigos 21 e 22 da Lei 8.742/93 Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

Os médicos do INSS realizam exames para avaliar a deficiência do requerente. A seleção dos beneficiários é feita com base na avaliação da renda familiar, comprovação da idade do idoso e experiência médica de pessoas com deficiência. A idade é comprovada por meio de documentação, e o principal desafio neste ponto diz respeito à ausência de registro civil geral da população com deficiência. (Revista Sociedade e Estado - Volume 25 Número 1 Janeiro / Abril 2010 59).

O sistema de transferência permite uma reavaliação sistemática a cada dois anos para verificar se essas condições persistem (Santos et al, 2009). Nesse contexto, o papel da assistência social ganha força, pois, sua atuação não se limita apenas aos idosos, mas inclui também as pessoas com deficiência.

Muitas pessoas que nunca contribuíram com a Previdência Social, quando atingem certa idade, pensam que podem gozar de uma aposentadoria mesmo sem nunca terem pago ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Decerto, este benefício existe, mas não é bem uma aposentadoria. Na verdade, tem o nome de Benefício de Prestação Continuada (BPC), da Lei Orgânica da Assistência Social, popularmente conhecida como LOAS ou até mesmo BPC.

Esta lei nasce em uma situação em que nem todos podem desfrutar de uma vida social decente. Ainda conforme o Decreto nº. 6.21 /2007, os critérios de elegibilidade dos BPCs sofreram a primeira grande mudança. Porém, a idade mínima para receber assistência ao idoso foi revisada (até 65 anos) e as diretrizes da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde-CIF foram incorporadas ao modelo de avaliação de vulnerabilidade. No entanto, este novo modelo ganhou força efetivamente em 2009.

No entanto, em 2008, o Congresso ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, criando um marco legal para 15 políticas de deficiência. A constituição define o significado de deficiência consoante a Lei n. 12.35/20111 e Lei nº. 12.70/20112 e de acordo com a Convenção das Nações Unidas.

Pessoas com deficiência, são aquelas que têm um impedimento de longa duração e em suas interações e que com esses obstáculos não conseguem participar efetivamente, em igualdade de condições, na sociedade com os demais. (BRASIL, 2011a). Tendo em vista os avanços nas políticas públicas em favor das pessoas com deficiência, foi promulgada a Lei nº 13.146/2015, sobre a efetivação dos direitos e liberdades básicos das pessoas com deficiência, visando sua inclusão social e cidadania. (BRASIL, 2015).

Por fim, com a publicação do Decreto nº 8.805/20163, o modelo de concessão e manutenção de BPC foi revisto. Ficou definido que, para conceder, manter e modificar os benefícios, o beneficiário e/ou o solicitante deve estar cadastrados no Único Cadastral (CadÚnico).

2.6 Auxílio Inclusão

O Auxílio Inclusão será pago através do INSS para pessoas com deficiência moderada ou grave que consigam emprego com carteira assinada. A partir do dia 1º de outubro, pessoas com deficiência que recebem o Benefício de Prestação Continuada (BPC) e que conseguirem emprego em regime de contratação CLT, terão direito ao Auxílio Inclusão, pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

De modo não viola a Constituição Federal de 1988. A pobreza familiar seria uma definição que só a lei poderia dar. Apesar das objeções, o STF concluiu que a lei é primordial na definição de normas. O marco relevante é acerca do Auxílio-Inclusão, o qual é uma medida de incentivo do Governo Federal aos beneficiários do Benefício de Prestação Continuada (BPC). O benefício oferta um pagamento mensal para quem recebe um BPC e volta ao mercado de trabalho. O nome do Auxílio é Inclusão, foi assim escolhido por estimular o beneficiário do BPC a reingressar no mercado de trabalho sem perder toda a renda que antes auferia.

Assim sendo, podemos perceber que o Auxílio-Inclusão é uma forma de substituição do BPC. Uma curiosidade é que o Auxílio-Inclusão está previsto desde a Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), em seu art. 94. Porém, ele só foi regulamentado, de fato, na Lei 14.176/2021.

Os 7 requisitos cumulativos aparecem no artigo 26-A da Lei 8.742/93:

Art. 26-A. Terá direito à concessão do auxílio-inclusão de que trata o art. 94 da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), a pessoa com deficiência moderada ou grave que, cumulativamente:

Quadro 1 – artigo 26-A da Lei 8.742/93:

I – receba o benefício de prestação continuada, de que trata o art. 20 desta Lei, e passe a exercer atividade:

a) que tenha remuneração limitada a 2 (dois) salários-mínimos; e

Fonte:
autora,

b) que enquadre o beneficiário como segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social ou como filiado a regime próprio de previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios;

2022

II – tenha inscrição atualizada no CadÚnico no momento do requerimento do auxílio-inclusão;

III – tenha inscrição regular no CPF; e

IV – atenda aos critérios de manutenção do benefício de prestação continuada, incluídos os critérios relativos à renda familiar mensal per capita exigida para o acesso ao benefício, observado o disposto no § 4º deste artigo.

Tentando facilitar o entendimento do artigo da lei, veremos um por um dos 7 requisitos, na mesma ordem em que aparecem na lei.

1. Ter deficiência moderada ou grave: A deficiência pode ser física, mental, intelectual e sensorial. Além disso também é classificada nos graus leve, moderado ou grave. No Brasil, para se determinar o grau da deficiência é usado o Índice de Funcionalidades Brasileiro (IF-BrA), que se baseia na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), elaborada pela Organização Mundial da Saúde (OMS). O IF-BrA é um sistema de pontos em fichas de avaliação preenchidas por profissionais como o médico e o assistente social. Após todas as respostas chega-se a um valor total de pontos que definirá o grau de deficiência da pessoa avaliada. Ou seja, não é a própria pessoa com deficiência quem define o seu grau de deficiência, mas uma equipe multidisciplinar em uma avaliação biopsicossocial.

2. Receber BPC-LOAS como PCD-O Auxílio-inclusão é um benefício que substitui o BPC-LOAS da pessoa com deficiência que volta a trabalhar. É a troca de um benefício no valor de 1 salário-mínimo por outro no valor de ½ salário-mínimo. Para que a pessoa com deficiência receba o BPC-LOAS deve preencher 3 requisitos: a) ter deficiência por pelo menos 2 anos; b) renda familiar por pessoa de até ¼ do salário-mínimo; e c) não exercer atividade remunerada, nem

como microempreendedor individual (MEI). Desta forma, pessoas com deficiência que não recebem o BPC-LOAS e não tiveram ele suspenso por começarem a trabalhar não poderão pedir o Auxílio-inclusão. Mas poderão pedir primeiro o BPC-LOAS para somente depois passarem a ter o direito de pedir o Auxílio-inclusão. O Auxílio-inclusão não está disponível para o idoso de 65 anos que recebe BPC-LOAS e volta a trabalhar.

3. Ganhar até 2 salários-mínimos de remuneração- O trabalhador poderá ganhar até R\$ 2.200,00 (2 salários-mínimos em 2021) e terá direito ao auxílio-inclusão de R\$ 550,00 (meio BPC-LOAS em 2021). E o valor recebido de auxílio-inclusão não entrará no cálculo da renda familiar, conforme o 6º requisito que veremos abaixo. É nítida a intenção do Governo Federal em incentivar as pessoas com deficiência a entrarem ou retornarem ao mercado de trabalho formal, tendo um aumento em sua renda e melhorando a qualidade de vida. Enquanto a remuneração do trabalhador privado é composta pelo salário, a remuneração do servidor são os vencimentos. Contudo, outras verbas também são incluídas na remuneração, como vale-alimentação, auxílio-transporte, plano de saúde e adicionais que, de alguma forma, retribuam em dinheiro pelo trabalho realizado. Isso tudo somado não pode ultrapassar o limite trazido pela lei.

4. Ser segurado obrigatório do RGPS ou filiado a RPPS- Existem dois regimes previdenciários diferentes no Brasil, o RGPS e o RPPS. Enquanto o Regime Geral de Previdência Social abrange os trabalhadores da iniciativa privada e servidores públicos de município que não possuem RPPS, os Regimes Próprios de Previdência Social asseguram servidores públicos federais, estaduais, distritais e municipais (em municípios com RPPS). O segurado obrigatório existe nos dois regimes, sendo qualquer pessoa que pratica atividade remunerada. No RGPS, os segurados obrigatórios se dividem em cinco categorias: empregado, doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual (autônomo) e segurado especial. O RGPS também tem um segurado facultativo, mas que a lei do Auxílio-inclusão deixa de fora. Afinal, o facultativo é aquele que não exerce atividade remunerada, então não está incluído no mercado de trabalho. Os RPPS não possuem segurado facultativo.

5. Estar com o Cadúnico atualizado- O Cadastro Único é o banco de dados que o Governo Federal usa para identificar as famílias necessitadas e fornecer benefícios assistenciais, como o BPC-LOAS, ou incluir em programas assistenciais como o Bolsa Família. Apesar de ser federal, o Cadúnico é realizado presencialmente em um CRAS – Centro de Referência da Assistência Social, mantido pelas prefeituras em parceria com a União. Aqui, vale destacar uma diferença sutil nesse requisito:

a) para o BPC-LOAS é requisito manter o Cadúnico atualizado em até dois anos, regularmente, para começar e para continuar recebendo;

b) para o auxílio-inclusão, o requisito é que o Cadúnico esteja atualizado apenas no momento em que requer o benefício.

Você pode localizar o CRAS mais próximo da sua casa pelo link <http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/FerramentasSAGI/Mops/>.

6. Ter CPF com situação regular- Este é um requisito para qualquer benefício concedido pelo Governo Federal. Os que buscaram o Auxílio-emergencial conhecem bem essa exigência. O CPF pode aparecer como regular, pendente de regularização, suspenso, cancelado ou bloqueado. Este requisito busca evitar o pagamento do benefício a quem já faleceu ou para CPF inexistentes. Contudo, também existem motivos burocráticos que podem fazer com que o CPF apareça como suspenso, como a divergência entre os bancos de dados federais, por exemplo, no sobrenome de casado ou até em uma letra errada no nome da mãe.

2.7 Requisitos para a concessão do benefício do BPC

Para determinar se o requerente atende aos requisitos financeiros (menos de um quarto do salário mínimo) para receber os benefícios, deve-se somar a renda de todos os membros do grupo familiar, ou seja: cônjuge ou companheiro, pais, irmãos e irmãs solteiros, filhos solteiros e enteados ou a esposa e os menores desde que vivam sob o mesmo teto (Lei 12.435/2011). As pessoa com deficiência – PCD: deverá comprovar, de forma cumulativa:

Quadro 2-Requisitos para concessão do PBC

1. Existência de impedimento de longo prazo (mínimo de 2 anos), de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais em interação com diversas barreiras, obstruam
--

sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas;
2. Família cuja renda mensal per capita seja inferior a um quarto de salário mínimo, podendo ser utilizado outros elementos comprobatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade;
3. Não possuir outro benefício no âmbito da Seguridade Social ou de outro regime, inclusive o seguro-desemprego, salva o de assistência médica e a pensão especial de natureza indenizatória;

Fonte: autora, 2022

Em relação aos grupos familiares, é necessário estipular que irmãos, irmãs, irmãos e enteados só podem formar um grupo familiar se forem solteiros. Assim, ainda que vivam sob o mesmo teto, caso sejam casados ou vivam em união estável, não são considerados membros do mesmo grupo familiar.

O BPC (viabilizado pela LOAS) é o amparo fornecido pela Previdência Social as pessoas que, muito embora nunca tenham contribuído ao INSS, encontram-se em intensa situação de vulnerabilidade. Portanto, mesmo que você nunca tenha se filiado ao INSS, tem direito a requerer o benefício. No entanto, deve-se ressaltar que o benefício não é uma aposentadoria e muito menos uma pensão, que não confere nenhum benefício ao 13º salário, até menos que a pensão por morte, caso o beneficiário faleça.

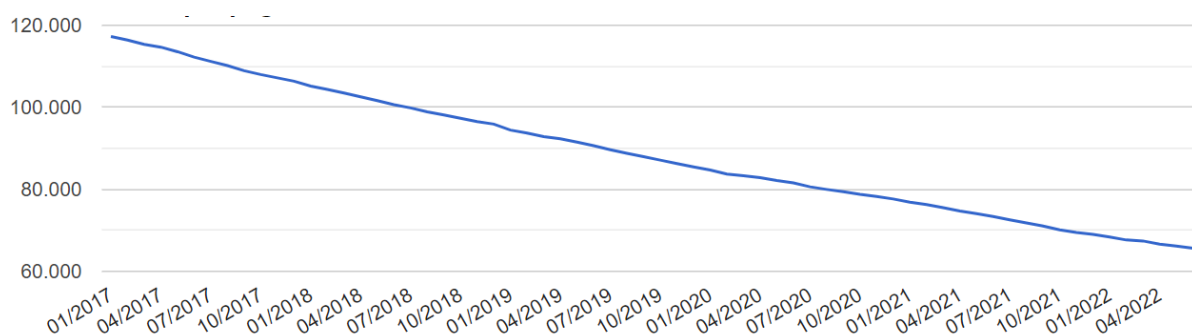


Gráfico 1: Pessoas com deficiência (PCD) atendidas pela Renda Mensal Vitalícia (RMV)

Fonte: Ministério da Cidadania, 2022

Além disso, é importante esclarecer que o BPC (LOAS) não pode ser cumulativo com quaisquer outros benefícios cobertos pela Previdência Social (como seguro-desemprego, aposentadorias e pensões) ou qualquer outro plano, exceto benefícios de assistência médica, pensão e remuneração compensatória do contrato de aprendizagem. Assim condensa os critérios gerais para concessão do benefício de acordo com a Lei nº 8.742/93, o Benefício de Prestação Continuada é destinado a dois grupos de pessoas:

Por certo, além da idade e/ou deficiência, é preciso que a pessoa atenda mais alguns requisitos elencados pela seguridade social. Ser pessoa com deficiência física, mental, intelectual ou motora, ou idoso que estejam em condições incapacitantes à participação plena em sociedade:

Quadro 3- Requisitos para concessão do PBC-a

1 Possuir renda familiar de até 1/4 do salário-mínimo vigente (R\$ 1.212,00) por pessoa (R\$ 303,00 por pessoa);	2 Possuir nacionalidade brasileira;	3 Não estar recebendo outro benefício.
--	-------------------------------------	--

Fonte: autora,2022

Em 31 de dezembro de 2020, o presidente Jair Bolsonaro assinou a Medida Provisória (MP) 1023/20, que novamente reduziu a renda mensal de uma pessoa para um quarto do salário mínimo. A MP entrou em vigor em 1º de janeiro de 2021. Ressalta-se que a referida (MP) reduz o acesso aos benefícios para milhares de brasileiros.

A lei entrou em vigor a partir de 2020, mas devido à pandemia, foi estabelecido em março de 2020 que a renda per capita deveria ser de meio salário mínimo. Estima-se que cerca de 500 mil pessoas deixaram de receber benefícios a partir de janeiro de 2021. Para solicitar o BPC, o interessado deve primeiro se dirigir ao Centro de Referência da Assistência Social (CRAS) mais próximo de sua residência e se cadastrar no Cadastro Único (CadÚnico). O registro é importante porque não só permite que os cidadãos se beneficiem da LOAS, mas também permite o acesso a outras políticas assistenciais.

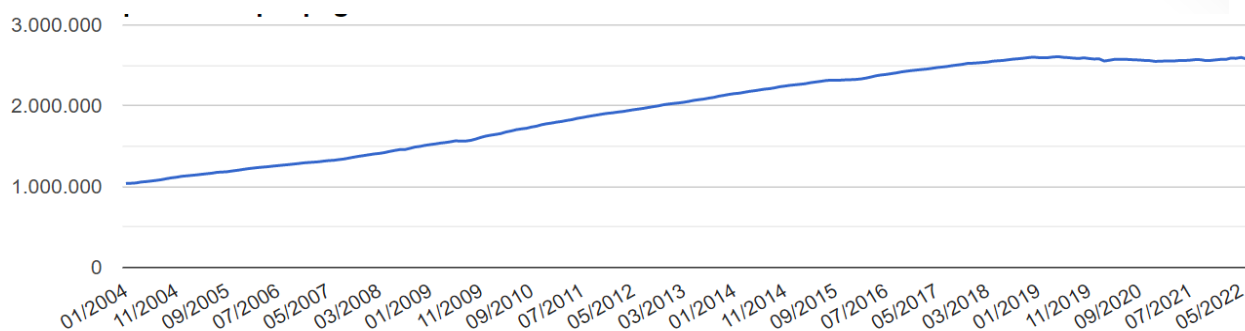
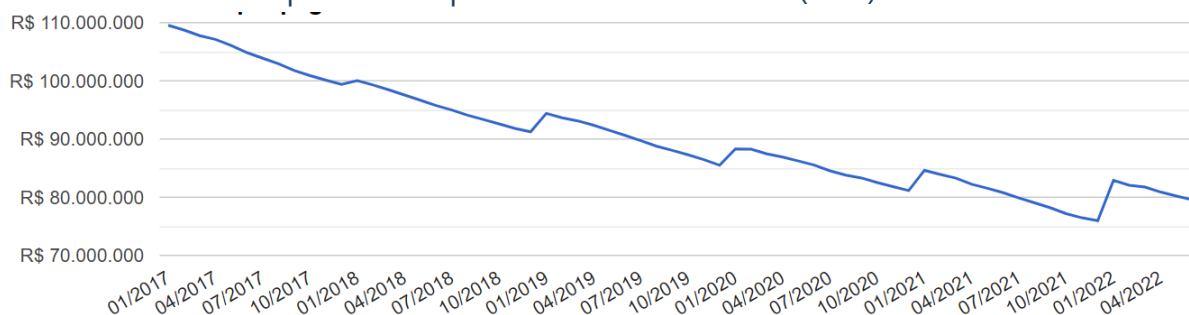


Grafico 2: Pessoas com deficiência (PCD) que recebem o Benefício de Prestação Continuada (BPC)

Fonte: Ministério da Cidadania, 2022

Em diversas tentativas do Congresso Nacional de ampliar o limite de renda para acesso ao BPC, as quais acabaram vetadas pelo presidente da República ou judicializadas após a derrubada do veto. No gráfico a seguir conseguimos visualizar uma queda crescente no número de beneficiados assistidos pelo BPC desde o ano de 2017.

Grafico 3: Valor repassado às pessoas com deficiência (PCD) via Renda Mensal Vitalícia



(RMV)

Fonte: Ministério da Cidadania, 2022

3 CONCLUSÃO

O Brasil lutou para romper a cobertura limitada aos setores inseridos no mercado formal, liberar ligações entre contribuições e benefícios e criando mecanismos mais solidários e redistributivos, essencial para um sistema de proteção mais inclusivo. Este artigo mostrou que apesar do desenvolvimento da política de assistência social no

Segurança social e princípios de solidariedade de acesso universal, coexistem no Brasil socialmente protegidos e desprivilegiados.

Diante de informações em que tanto são relevantes quanto fica claro que a noção de deficiência ao longo da história sofreu uma evolução significativa. Para que a proteção social de pessoas idosas e deficientes seja efetiva, é necessário adotar um arcabouço jurisdicional sobre o BPC que siga os objetivos e princípios da LOAS. Na incerteza jurisdicional sobre o direito ao BPC, fica estabelecido no histórico da implementação e do benefício que tende a ser aplicado.

Com o novo decreto, passa a ser uma proteção social previdenciária não contributiva que combina as modalidades de política social para a prestação de serviços de assistência social a transferência de renda. A assistência social ganhou mais prestígio e ganhou mais atenção Governo, até 1993 Regulamento dos Idosos e Lei Orgânica Assistência Social - LOAS e benefícios continuados também foram criados (BPC) para melhorar a qualidade de vida dos idosos e deficientes.

Do que consta na Constituição da LOAS, PNAS 2004, NOB/SUAS e Decretos 6.214/2007 e 6.564/2008, é possível deduzir que o BPC não é tão somente transferir um salário mínimo para o beneficiário conforme constava do decreto anterior 44/95. Realmente, as regras acesso ao BPC são restritivos e roteados com precisão somente para aqueles que não podem se integrar no mercado de trabalho ou realizar outra atividade profissional.

Essa compreensão do BPC é uma combinação de métodos de transferência, renda e prestação de serviços - quebrando a lógica da renda como meio de promoção e proteção social. Reeditando o conceito usado no passado - apenas receita - mas não mostrar sua decisões fundamentais por suas definições substantivas tendem a permanecer obsoletas.

Portanto, há um cenário político e social alarmante no que diz respeito à situação políticas afirmativas voltadas às pessoas com deficiência no Brasil. Embora com muito ao longo da história, o país adotou leis de fiança para essa parte população, observou-se que, na prática sua eficácia deixa a desejar. Inicialmente quando analisamos todo o escopo de acessão do beneficiário ao benefício. Portanto, os benefícios, que são fornecidos continuamente têm efeitos de longo alcance, milhares de pessoas com deficiência vivem em cenários dolorosos e de abandono social.

REFERÊNCIAS

ARANHA, M. S. Paradigmas da relação da sociedade com as pessoas com deficiência. Artigo publicado na Revista do Ministério Público do Trabalho, Ano XI, n. 21 março, 2001. pp.160-173. Disponível em: <http://www.adiron.com.br/arquivos/paradigmas.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2022.

BANDINI, Marcia et al (Org.). A Inclusão de pessoas com deficiência: o papel de médicos do trabalho e outros profissionais de saúde e segurança. 2 ed. Curitiba: Anamt – Associação Nacional de Medicina do Trabalho e Rede Empresarial de Inclusão Social, 2020. Disponível em: <http://www.anamt.org.br/site/upload_arquivos/arquivos_diversos_18520161439487055475.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2022.

BIM, Miriam Cláudia Spada; MUROFUSE, Neide Tiemi. Benefício de Prestação Continuada e perícia médica previdenciária: limitações do processo. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 118, p. 339-365, June 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282014000200007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 mai. 2022.

BONFIM, S. M. M. A luta por reconhecimento das pessoas com deficiência: Aspectos teóricos, históricos e legislativos. Dissertação (mestrado), Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 2009.

BOSCHETTI, Ivanete. Seguridade social e trabalho: paradoxos na construção das políticas de previdência e assistência social no Brasil. Brasília: LetrasLivres: Editora UnB, 2006. 324 p.

BRASIL. Lei Orgânica de Assistência Social – Lei 8.742 de 07 de dez. de 1993. BRASIL. Decreto nº 1.744 - de 8 de dezembro de 1995 - DOU DE 11/12/95

BRASIL. Decreto nº 6.214 de 28 de setembro de 2007.

BRASIL. Decreto nº 6.564 de 12 de setembro de 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Política Nacional de Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Brasília, **1.ª Editora do Ministério da Saúde**, 2008, p. 9. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_pessoa_deficiencia.pdf>. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Avaliação das pessoas com deficiência para acesso ao Benefício de Prestação Continuada da assistência social: um novo instrumento baseado na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Brasília, DF: MDS; MPS, 2007(b). 192 p.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/fisca_trab/inclusao/introducao_2.asp>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=30054>. Acesso em: 09 set. 2022.

BRASÍLIA. Sandra Lia Simón. Procuradora-geral. Manual de procedimentos visando à inclusão da Pessoa com Deficiência e do beneficiário reabilitado no mercado de trabalho. 3. ed. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.acterj.org.br/downloads/arquivo/manual-pcd-versaofinal.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

CENSO 2010 – Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Disponível em: . Acesso em: 5 out. 2021.

DHANDA, A. Construindo um novo léxico dos Direitos Humanos: convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências. SUR - Revista Internacional De Direitos Humanos. São Paulo, V. 5 n. 8 Junho de 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v5n8/v5n8a03.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2022.

DINIZ, D. O que é deficiência. São Paulo: Editora Brasiliense; 2012.

FRANÇA, I.S.X., COURA, A.S., FRANÇA, E.G., CAVALCANTE, G.M.C., SOUSA, F.S. Aplicação da Bioética principialista às Políticas Públicas para Pessoas com Deficiência: Revisão sistemática. Online Brazilian Journal of Nursing, vol 9, nº 1, 2010, p. 27.

LUCA, Guilherme Domingos de; RENZETTI FILHO, Rogério Nascimento. Direitos fundamentais da pessoa com deficiência: o trabalho como fonte de promoção da dignidade humana = Fundamental rights of the person with disability: work as a way of promoting human dignity. Revista de direito do trabalho, São Paulo, v. 44, n. 185, jan. 2018.

NERI, M. C.; COSTILLA, H. G.; CARVALHO, A. P. de. **Política de cotas e inclusão trabalhista das pessoas com deficiência**. Rio de Janeiro: FGV, EPGE, 2010 (Ensaio Econômico, 462). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/518/1310.pdf;jsessionid=36AFC6916C8EE199562AEDA5DE3C569F?sequence=2>>. Acesso em: 10 agos 2022.

RODRIGUES, P.; MACHADO, T. Assistência Social. âmbito jurídico. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/assistencia-social>. Acesso em: 03 jun. 2022.

SANTOS, W. R. Pessoas com Deficiência: nossa maior minoria. Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 18 [3]: 501-519, 2008. Disponível em: acesso em: 26/12/19 SANTOS, W.R. Deficiência no plural: a perspectiva dos juízes federais. Série Anis 44, Brasília, Letras Livres, 1-8, julho, 2006.

SANTOS, Wederson; DINIZ, Debora & PEREIRA, Natália. (2009) "Deficiência e perícia médica: Os contornos do corpo", RECIIS. Revista Eletrônica de Comunicação, Informação & Inovação em Saúde, VoSTIKER, H.J. A history of disability. United States: Michigan Press, 1997.

SUZANO, J. de C. C. *et al.* Formas de ver as pessoas com deficiência e avaliação do desempenho no trabalho, por tipo de deficiência: a percepção dos gestores. In: EnANPAD, 35, 2011, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: ANPAD, 2011. CD-ROM.

A IMPORTÂNCIA DA REGULARIZAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DA VISITA ÍNTIMA JUNTO A UNIDADE PENAL REGIONAL DE PALMAS-TO E DEMAIS UNIDADES PENAIS DO ESTADO

LARISSY CARVALHO RODRIGUES:
graduanda em Direito pela
universidade estadual do Tocantins.

Dr. ODI ALEXANDER ROCHA DA SILVA
(orientador/coautor)

RESUMO: Essa pesquisa surge a partir da visita guiada realizada junto ao núcleo de prática jurídica, ofertado pela universidade estadual do Tocantins, a unidade penal regional de Palmas-TO, tendo por objetivo problematizar o papel do mecanismo da *visita íntima* frente a realidade apresentada pela unidade penal regional de Palmas com relação não só aos dois anos em que a pandemia do corona vírus apresentou sua ênfase, mas também as reformas e novas propostas apresentadas desde que foi instituída a Polícia Penal do estado do Tocantins. O direito a visita íntima é assegurado através da resolução nº 01 de 30 de março de 1999, reconhece a importância da visita íntima e recomenda aos departamentos penitenciários estaduais que seja assegurado ao preso a possibilidade de dar continuidade a sua vida sexual, durante o período em que estiver cumprindo sua pena em estabelecimento prisional. Este mecanismo foi vinculado a melhoras comportamentais e estreitamento do vínculo com suas esposas e companheiras no decorrer dos anos desde a regulamentação. Ocorre que desde 2019 em razão da pandemia da Covid-19, foram adotadas medidas a fim de minimizar o risco de transmissão da doença nas penitenciárias, entre elas a suspensão de visitas. Neste toar, o presente trabalho, realizado a partir de pesquisa bibliográfica e documentais carrega o objetivo de levantar dados a respeito da realidade relacionada a aplicabilidade da visita íntima tocantinese, frente aos demais sistemas dispostos pelos demais estados brasileiros, narrando a respeito a evolução ou regressão que trará os novos procedimentos, tendo em vista a estrutura que esta sendo construída na unidade penal regional de Palmas-TO. Além deste aspecto a pesquisa abarcará questões direcionadas ao aspecto negativo que trouxe o período de suspensão da visita íntima, em detrimento do período pandêmico que alastrou a humanidade.

Palavras-chave: visita íntima, prisões, racionalidade penal, sexualidade, covid-19.

ABSTRACT: This research arises from the guided visitation carried out with the core of legal practice, offered by the state university of Tocantins, the regional penal unit of Palmas-TO, aiming to problematize the role of the conjugal visit mechanism in the face of the reality presented by the penal unit. Palmas regional office in relation not only to the two years in

which the corona virus pandemic presented its emphasis, but also to the reforms and new proposals presented since the Criminal Police of the state of Tocantins was established. The right to an intimate visit is guaranteed through Resolution No. 01 of March 30, 1999, which guarantees the prisoner the possibility of continuing his sexual life, during the period in which he is serving his sentence in a prison. linked to behavioral improvements and closer bonds with their wives and partners over the years since the regulation. It turns out that since the Covid-19 pandemic, measures have been adopted to minimize the risk of transmission of the disease in penitentiaries, including the suspension of visits. In this sense, the present work, carried out from bibliographical and documentary research, has the objective of collecting data about the reality related to the applicability of the intimate visit to cantinense, compared to other systems arranged by other Brazilian states, narrating about the evolution or regression which will bring the new procedures, in view of the structure that is being built in the regional penal unit of Palmas-TO. In addition to this aspect, the research will cover questions aimed at the negative aspect that brought the period of suspension of intimate visitation, to the detriment of the pandemic period that spread humanity.

Keywords: conjugal visit, prisons, criminal rationality, sexuality, covid-19.

INTRODUÇÃO

É notória a regulamentação existente a respeito do direito estabelecido para que os indivíduos cerceados de sua liberdade, mantenham seus vínculos familiares e conjugais.

Desta forma, a vida sexual é imprescindível afim de manter o estreitamento destes laços e contribui gritantemente para o bom comportamento dos detentos e para que haja a instauração da ordem e o seguimento das regras do ambiente prisional de forma satisfatória.

Em que pese as resoluções, instruções normativas e portarias tratem claramente a respeito do direito a visita íntima, a realidade da maioria das unidades prisionais é que a implementação sempre ocorreu de forma arcaica, ofertando margem para ferir direitos fundamentais.

Nesse caso, torna-se evidente que em vinte e três anos desde a criação da resolução 09/1999 referente à visitação, o número de encarcerados cresceu descontroladamente, levando a diversas novas construções e reformas das estruturas prisionais. Diante do período pandêmico, no Brasil, o quantitativo de encarceramento cresceu para 61 mil pessoas, de acordo com os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Só no último ano - entre abril de 2020 e maio deste ano - o número aumentou em 7,6%: seguindo de 858.195 pessoas para 919.651.

O país ocupa o terceiro lugar no ranking internacional, perdendo apenas para China e Estados Unidos, segundo o Conselho Nacional de Justiça CNJ estão presos 867 mil homens e 49 mil mulheres. Em 2020, o número era de 405 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2022, o número chegou a 434 pessoas com a liberdade cerceada a cada 100 mil.

O crescimento desproporcional da população encarcerada, impacta diretamente na garantia dos direitos humanos e fundamentais que devem ser assegurados pelo estado aos presos. Dentre estes direitos afetados, encontra-se o direito a visitação íntima, que fica diretamente afetado pela falta de estrutura das unidades penais, pela superlotação das celas, pela Falta de implementação e aplicação de garantias e proteções direcionadas aos visitantes geradas pela falta de local apropriado.

A visitação íntima não deve ser tratada como privilégios, ou entendida com pré-conceitos previamente estruturados. Tendo em vista que o indivíduo ao ser encarcerado não pode ser considerado culpado, por fato que ainda está sob investigação, sendo devidamente respeitado o contraditório e a ampla defesa, Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Art. 5º, inciso LVII, estabeleceu o princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Além disso, com exceção da liberdade, o preso garante todos os seus direitos fundamentais, sendo a lei de Execução Penal clara, ao citar:

Sua aplicabilidade no sistema carcerário possibilita a recuperação do detento para o convívio social, desde que realmente seja cumprida pelo Estado. É bem verdade que o condenado perde sua liberdade, mas jamais poderá perder o tratamento digno encontrado na Constituição Federal.

Nesta conjuntura, sendo o sistema prisional responsável por cercear a liberdade do indivíduo para que este cumpra a pena pela qual foi condenado, ou para que permaneça durante as investigações e o amadurecimento processual, é possível afirmar que muitos inocentes estão encarcerados e que tanto os inocentes quanto os culpados detêm direitos fundamentais, humanos e constitucionais, desembocando assim na afirmação do estabelecimento da visita íntima, de forma organizada, individual e humana, levando em conta que restrição deve versar apenas sobre a liberdade.

Dessa forma, o objetivo do presente estudo é dissertar a respeito da figura da visita íntima nas unidades penais, sua aplicabilidade, importância e as devidas mudanças orquestradas em meio ao atual cenário, Além de levantar as consequências da falta da

visita íntima, durante o período pandêmico. Para tanto realizou-se pesquisa bibliográfica de caráter documental através de legislação, portarias, instruções normativas, relatórios, teses, artigos, dissertações publicadas em revistas científicas, livros e repositórios institucionais.

A discussão se estrutura da seguinte forma: primeiramente realizou-se um breve retrospecto a respeito do início da visita íntima até os dias atuais e a busca árdua pela sua regularização. Em seguida foi feito um levantamento a respeito das consequências geradas em

Detrimento da suspensão das visitas íntimas durante o período pandêmico Logo após, foram apresentados Comparativos a respeito das diversas unidades prisionais e seus respectivos sistemas e estrutura para inserir na prática as visitas íntimas. Por fim, contextualizou-se os institutos processuais de proteção ao encarcerado junto dos aspectos positivos que a visita íntima pode acarretar junto ao sistema carcerário e a sociedade.

1. contextualização histórica referente a política prisional e a visita íntima no Brasil

A vida sexual dos indivíduos sempre foi pauta de grande tabu e preconceito dentre todos os indivíduos, independentemente de suas classes sociais ou opções políticas, sempre houve uma deturpação no que tange a liberdade do indivíduo de se relacionar sexualmente e construir uma narrativa aberta.

Ora, considerando-se esses três últimos séculos em suas contínuas transformações, as coisas aparecem bem diferentes: em torno e a propósito do sexo há uma verdadeira explosão discursiva. É preciso ficar claro. Talvez tenha havido uma depuração – e bastante rigorosa – do vocabulário autorizado. Pode ser que se tenha codificado toda uma retórica da ilusão e da metáfora. Novas regras de decência, sem dúvida alguma, filtraram as palavras: polícia dos enunciados. Controle também das enunciações: definiu-se de maneira muito mais estrita onde e quando não era possível falar dele; em que situações, entre 180 18 quais locutores e em que relações sociais; estabeleceram-se, assim, regiões, senão de silêncio absoluto, pelo menos de tato e descrição: entre pais e filhos, por exemplo, ou educadores e alunos, padrões e serviços. É quase certo ter havido aí toda uma economia restritiva. (FOUCAULT, 1988, p.21/22).

Transpassando esta discussão para indivíduos encarcerados, esta pauta torna-se ainda mais polarizadora e conflitante, tendo em vista a dissociação do ser humano livre e o ser humano preso, seja qual for o ato ilícito que tenha este cometido ou que estejam sendo acusado de cometer.

A visita íntima é um direito que foi regulamentado inicialmente apenas para os presidiários do sexo masculino, pela Lei de Execução Penal (LEP) de 1984, mais tarde o direito foi também estendido às mulheres, aos jovens infratores e aos homossexuais. Eis sua primeira redação: Art. 41 - Constituem direitos do preso: (...) X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em alguns dias determinados(...) Reforçando a legislação existente, a resolução número 1 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), publicada em 30 de Março de 1999 recomendava aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres que fosse assegurado o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos, recolhidos aos estabelecimentos prisionais conforme texto abaixo:

Art. 1º - A visita íntima é entendida como a recepção pelo preso, nacional ou estrangeiro, homem ou mulher, de cônjuge ou outro parceiro, no estabelecimento prisional em que estiver recolhido, em ambiente reservado, cuja privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas.

O sistema carcerário Brasileiro teve início a partir da Carta Régia de 8 de julho de 1796 sendo ordenada a construção da Casa de Correção da Corte. Entretanto, somente no ano de 1834 foi iniciada as construções da Casa de Correção no Rio de Janeiro. A sua abertura ocorreu em 6 de julho de 1850.

No século XIX, foi estabelecida como padrão das prisões, celas unitárias. Por ainda ser uma colônia portuguesa, não havia um Código Penal, por isso o Brasil submeteu-se às Ordenações Filipinas, que ordenada as penas que seriam seguidas pelo País, Na época era permitida a pena de morte, pena de humilhação pública, dentre outras que atualmente seriam consideradas inconstitucionais por seu teor. A falta de estrutura das prisões e a superlotação de celas já eram realidades latentes, além disso, até o presente momento os direitos humanos ainda não faziam parte do ordenamento vigente.

Em meados de 1830, durante o Brasil império as Ordenações Filipinas foram, em parte, revogadas e o Brasil criou o primeiro Código Criminal. Sendo que a época existia duas maneiras de penas a prisão simples e a prisão com trabalho. Em 1861, foi instituída na Casa de Correção da Corte o Instituto de Menores Artesãos destinado a abrigar menores que cometiam atos infracionais. O Instituto trabalhava a educação moral e religiosa dos acolhidos.

A implementação das novas modalidades de pena de prisão foi possível com a criação do Código Penal de 1890. As penas de prisão foram limitadas em restritivas de liberdade individual de no máximo 30 anos, prisão disciplinar, prisão celular, prisão com trabalho obrigatório e reclusão. Foram abolidas as penas de morte, as penas perpétuas ou

coletivas. Atualmente, de acordo com o artigo 32 do Código Penal, o Brasil tem 3 tipos de pena: privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa.

Neste interim, é possível afirmar que até o ano de 1990, não existia o instituto da visita íntima junto aos presídios. Desta forma as visitas aconteciam nos galpões abertos para todos, de forma que pudesse ocorrer a vigilância dos servidores investidos em seus cargos.

Insta mencionar que em decorrência do quantitativo baixo de presos, o número de visitantes se mostrava menor ainda, sendo que a maior justificativa para este fato é a de que a população carcerária em nível nacional era menor. Além disso, é notória a grande Ascensão financeira de crimes como por exemplo o tráfico de drogas, na grande maioria, chefiado por homens, pertencentes ao crime organizado, desta forma possuindo grandes possibilidades de financiar as visitas, em termos de transporte. Ademais, a regulamentação da visitação oportunizou o crescimento de visitantes nos ambientes prisionais.

2. Consequências advindas da medida de suspensão da visita íntima, em detrimento do delicado período pandêmico.

É inegável que a população mundial viveu dias calamitosos, tendo em vista a propagação da corona vírus, que deixou centenas de mortos e milhares de sobreviventes com graves sequelas. Além disso, as medidas drásticas adotadas para conter o vírus, como o distanciamento social, forçaram uma drástica mudança no ambiente de trabalho e escolar.

O inimigo invisível causou grande deterioração a saúde mental da humanidade, desembocando na temporalidade e hibridez do âmbito sexual, afetando a qualidade de vida do indivíduo. A Organização Pan-Americana da Saúde ou Pan American Health Organization (PAHO) define saúde sexual como: [...]

Um estado de bem estar físico, emocional, mental e social. Em relação a sexualidade, não se resume a ausência de doenças, disfunções ou enfermidades. A saúde sexual pede por uma abordagem respeitosa em relação a sexualidade e as relações sexuais, como também a possibilidade de se ter experiências prazerosas e seguras, livre de coerções, discriminações e violências. Para a manutenção da saúde sexual ser obtida, os direitos sexuais dos indivíduos devem ser respeitados, protegidos e cumpridos" (PAHO, 2000).

Tendo em vista as afirmações anteriores, é possível afirmar que o aprisionamento domiciliar impossibilitou a vida sexual de uma grande parcela de pessoas. A restrição sexual

em conjunto com a ansiedade, medo e depressão, gerou altos níveis de irritabilidade, desmotivação, agressividade e inquietação.

Seguindo a discussão, a angustia sentida pela humanidade em geral que desencadeou o crescimento ou nascimento de sentimentos e atitudes de cunho negativo gerada pela quarentena, pode ser utilizada para realizar um comparativo neste aspecto com a população prisional que tem o cerceamento de sua vida sexual.

A consequência desde fato afeta não somente a população aprisionada, mas também afeta diretamente o trabalho dos profissionais que compõem o sistema prisional como um todo, através da dificuldade de realizar os procedimentos diários tendo em vista o nível de indisciplina que tende a crescer, tendo em vista o aumento do índice da ansiedade e depressão ocasionados pela falta da continuidade dos laços sexuais com seus cônjuges e companheiras, Além disso, este fato desemboca na população em geral pela possibilidade de crescimento de fugas e rebeliões, causadas pela falta de oportunidade da ressocialização através do convívio sexual e do crescimento da agressividade e indignação.

Nesta toada, utilizando como base a realidade em que grande parte da humanidade foi submetida durante o período pandêmico é possível afirmar a grande necessidade de considerar a importância da saúde física e mental do educando, sendo que a saúde sexual se enquadra dentro da saúde física primando pela transformação do indivíduo por meio da reintegração que deve ter início dentro do âmbito prisional.

Em síntese, não há como separar o ser humano do ser sexual, consoante pregam Rafael Damasceno e Marcio de Oliva, o encarceramento provoca graves problemas de ordem sexual e que, por isso, afetam a integridade psicofísica:

Outro grave efeito psicológico causado pelo aprisionamento são os danos causados pelos problemas sexuais que ocorrem no interior das prisões. Ignora-se o fato de que as atividades sexuais de um homem não terminam a partir do momento que este é recolhido à prisão. A atividade sexual é um instinto biológico inegável e irreprimível, inerente à própria natureza humana. A repressão do instinto sexual propicia a perversão da esfera sexual e da personalidade do indivíduo. Dessa forma, é quase que impossível se falar em ressocialização num ambiente que impede e reprime um dos instintos mais naturais e fundamentais do homem. [...] Com relação ao homossexualismo, esta é uma prática sexual comum dentro dos estabelecimentos prisionais. As violências sexuais praticadas contra alguns detentos e a supressão das relações heterossexuais são

geralmente as condições que acabam influenciando decisivamente para a proliferação da homossexualidade no interior das prisões.

É notório que a abstinência sexual dos apenados poderá desembocar em acontecimentos negativos para todo o sistema prisional, propiciando a violação de direitos humanos de presos impossibilitados de se defender. Em consonância, há o crescimento dos índices de agressão físicas dentro das celas, criação e acentuação dos sentimentos de baixa autoestima e depressão, ocasionando suicídios e dificuldade em ressocialização fora da unidade prisional.

3 Unidades penais do Tocantins frente as demais unidades prisionais dos estados brasileiros.

No que tange a política adotada pelo estado de Goiás, é possível afirmar que nunca houve a construção de portaria afim de regulamentar a realização da visita íntima juntos aos presídios.

Entretanto, acontecia juntamente da visitação da família, de forma conjunta. Com a ênfase da pandemia houve a suspensão das visitas, que voltaram a acontecer a partir do dia 25 de novembro de 2021. Por meio da Portaria nº 264/2021 – Diretoria-Geral de Administração Penitenciária DGAP, na modalidade presencial, exclusivamente por meio de parlatórios, admitindo-se a utilização de videoconferência para realização de visitas somente nas Unidades Prisionais que não possuem parlatórios, ocorrendo uma vez por mês, com o período delimitado de 30 minutos por educando, sendo organizada a divisão por cotas semanais.

Insta mencionar que logo após o crescimento do índice de vacinação contra a COVID-19 a PORTARIA Nº 245, de 27 de abril de 2022, estabeleceu de forma permanente normas e procedimentos de segurança para a visitação presencial e virtual de familiares aos privados de liberdade que se encontram custodiados nas unidades prisionais da Diretoria-Geral de Administração Penitenciária (DGAP). Foi instituída quatro formas de visitação, sendo elas Presencial, em parlatórios, para familiares maiores de 18 (dezoito) anos, com duração máxima de 30 (trinta) minutos; Presencial, em espaços lúdicos, para as crianças e adolescentes (menores de 18 anos) desde que sejam descendentes dos privados de liberdade, com duração máxima de 45 (quarenta e cinco) minutos; III – Virtual, por intermédio de videoconferência, com duração máxima de 20 (vinte) minutos; IV – Presencial em espaços de convívio familiar, com duração máxima de 30 (trinta) minutos - iniciando-se em até 180 (cento e oitenta) dias, a partir desta.

Torna-se perceptível que não houve a inclusão da visitação íntima junto ao texto da portaria. Além disso, juntamente do novo formato que inclui espaço lúdico para receber as crianças, existe projetos para arrecadar brinquedos e livros a fim de subsidiar as

visitações dos filhos dos educandos. Em que pese a existência desta evolução, não há projetos em execução para a construção de espaço para que ocorra a visita íntima de forma regularizada e privada. Assim, nota-se que dos 96 presídios deste estado, apenas 13 unidades ofertam local apropriado para a visita conjugal, que no presente momento não está acontecendo.

Seguindo a discussão, A Lei nº. 13.460, de 26 de junho de 2017, regulamentada pelo Decreto nº. 9.094 de 17 de julho de 2017, dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços da administração pública e faz a exigência da publicação da Carta de Serviços ao Usuário dos serviços da administração pública. Esta carta é ofertada pelo estado do Amazonas e dispõe a respeito da visita íntima que será ofertada ao Ao interno(a) com conduta boa ou ótima, o recebimento do seu cônjuge ou companheira, previamente cadastrado quinzenalmente. Em que pese a existência da carta, esta não narra o procedimento realizado em dia de visita íntima ou a existência de sala adequada. Além disso, o Departamento penitenciário nacional, informa em seu relatório anual, existir seis unidades que ofertam local apropriado para acontecer a visita íntima, Entretanto, o relatório de inspeção realizado pelo conselho nacional de justiça junto as unidades prisionais das amazonas narra realidade distinta:

Uma questão de extrema importância a ser tratada, tendo em vista a dificuldade que traz ao contato das pessoas privadas de liberdade com outras pessoas que estão no mundo externo é a exigência, pela SEAP, de certidão de casamento ou de escritura pública de união estável para a comprovação de vínculo para realização da visita íntima, exigência esta que se estende à todas as unidades prisionais. Este procedimento tem custo financeiro elevado (entre R\$ 500,00 e R\$600,00) que na maioria das vezes impossibilita a visita. O problema da visita conjugal ou íntima se desdobra em outro, que é a ausência de espaço adequado para a realização desse tipo de visita, problemas estes encontrados em absolutamente todas as unidades prisionais do Amazonas. Regra geral, a visita íntima é realizada no mesmo dia e horário da visita normal. Não há espaço próprio para o encontro, quando muito, há uma separação improvisada pelos próprios internos dentro das próprias celas, sendo o horário máximo de 3 horas.

O Mato Grosso do sul conta com a portaria normativa AGEPEN-MS Nº 50 de 09 de agosto de 2022, que detalha em seu primeiro **capítulo** a respeito do direito a visita, incluindo a visita íntima, sendo sua periodicidade preferencialmente mensal observando o

cronograma e preparação de local adequado para a sua realização. Além disso, a portaria que a preparação do local adequado deve

atender aos critérios de preservação da intimidade da pessoa privada de liberdade e daquela que a visita, evitando prática vexatória ou de exposição. Ademais há inclusão do público LGBTQIA+, dentre outros grupos específicos. Não obstante a portaria estadual dispor todas as obrigações que as unidades devem conter para ofertar a visita íntima, a maioria das unidades prisionais não dispõe do local apropriado, sendo que junto a listagem referente ao procedimento da visitação disposta no site da AGEPEM, versando sobre os 47 presídios de sua alçada, apenas a Penitenciária de Regime Fechado da Gameleira I, de Campo Grande, dispõe em seu informativo a respeito da visita íntima e seus horários, informando que:

As visitas íntimas serão realizadas na 3ª quarta-feira dia 19/10/2022 (pavilhão 1, 4 e setor de trabalho) e na 4ª quarta-feira dia 26/10/2022 (pavilhões 2 e 3), concomitantemente, com as visitas normais.

Neste interim, fica subentendido que as unidades prisionais não ofertam local apropriado para a visita íntima, assim, a maioria não oferta o direito e quando oferta, acontece "concomitantemente O Mato Grosso através da instrução normativa nº 007/2019 dispõe a respeito do procedimento de cadastramento do visitante e dispensa a apresentação de exames referentes doenças sexualmente transmissíveis, sendo que apresenta 8 locais apropriados para a visita íntima e 38 locais desapropriados.

Após dois anos de suspensão, as visitas sociais retornaram no estado de, entretanto a modalidade de visita íntima, segue suspensa. Insta mencionar que Roraima possui unidades prisionais e nenhuma possui local adequado afim de ofertar a visita íntima. A realidade de Roraima é distinta da realidade de Rondônia que retornou a oferta da visita íntima dentre as 47 unidades prisionais, 20 estão preparadas para ofertar a visita conjugal.

O estado do Acre retornou a ofertar as visitas íntimas que a depender da unidade prisional variam entre 1 a 3 horas de duração acontecendo semanalmente em dias distintos da visita social. Apenas duas unidades contam com local apropriado e outras 16 unidades que não possuem ambiente apropriado, ofertam a visita conjugal nas celas.

No que tange as penitenciárias do estado do Maranhão, estas ofertam A visita sob as seguintes modalidades: Visita Assistida, Visita Social, Visita de Crianças e Adolescentes e Visita Íntima. A visita íntimas são realizadas nas segundas, terças e quartas-feiras, entre 8 e 18 horas, com duração de até 1 hora, concomitantemente com as demais visitas de acordo com o informativo do visitante disposta pela supervisão de assistência a família (SAF). Insta mencionar que dos 47 presídios distribuídos pelo estado 39 dispõem de ambiente próprio afim de que haja as visitas íntimas.

A resolução SEJUSP Nº 554, DE 15 DE JULHO DE 2022. Institui que a visita íntima no estado de Minas Gerais deverá ser realizada em conformidade com o disposto em Regulamento vigente, inclusive no que tange à entrada de alimentação, desde que o visitante esteja com esquema vacinal completo contra a COVID-19. Entretanto, não há detalhes a respeito do local de realização das visitas íntimas junto ao dispositivo vigente. Entretanto, de acordo com o ministério da justiça, 139 presídios ofertam locais apropriados, enquanto 97 não ofertam.

Visando a manutenção do vínculo familiar o estado do Espírito Santo aceita a realização de 01 (uma) visita íntima por interno nos regimes Fechados e Semiabertos por mês. No que se refere ao local adequado, dentre as 54 unidades, 25 ofertam.

O estado do Rio de Janeiro oferta 35 unidades com local apropriado em detrimento de 21 que não ofertam o local apropriado. Insta mencionar que o rio de janeiro assim como os demais estados se isentou de ofertar a visita íntima durante o momento pandêmico e após o retorno, permaneceram isentas as unidades que não ofertam a estrutura apropriada, a fim de dispor de local solitário e apropriado para a visita conjugal.

São Paulo oferta a visita nas modalidades tele presença e presença. Este estado apresenta baixos índices estruturais no que concerne a oferta adequada da visita íntima demonstrando 38 estabelecimentos com local específico para visita íntima em contraponto de 198 unidades não ofertantes. Além disso, não há regularização específica que detalhe as especificidades da visitação.

Santa Catarina apresenta um dos melhores índices, pois dentre as 55 unidades prisionais, 44 possuem espaço adequado para a visita íntima, que é ofertada aos reeducandos que laboram em atividades cubiculares e nas oficinas de serviço, podendo receber visita íntima a cada 30 (trinta) dias, por período de 02 (duas) horas.

Paraná, após o retorno presencial da visita social, restringiu a visita íntima apenas para cônjuges, sendo permitido a permanência de 2 horas para cada preso. Este estado conta apenas com 32 unidades preparadas para ofertar a visitação íntima, frente 77 que não possuem local correto e ofertam dentro das celas.

O Rio Grande do Sul restringiu a visitação após o período pandêmico que passou a ocorrer apenas nos 40 Estabelecimentos com local específico para visita íntima, detrimento dos 71 que não ofertam.

Tanto o estado do Piauí, como o estado do Rio Grande do Norte, foram marcados por grande preção dos familiares dos educandos tendo em vista o avanço da imunização contra o COVID-19, em prol da visita íntima. Por este motivo foi decretada novas regras

no que se refere a visita íntima que estava suspensa no estado do Piauí. Desta forma a portaria PORTARIA/GSJ/Nº 502/2022 determina que as unidades prisionais piauienses providenciem ambientes reservados para a vida conjugal. Entretanto não cita se a visita já seguirá autorizada sem que haja comprovação pelo estabelecimento da oferta do local especializado. Em que pese as manifestações. O Rio Grande do Norte não dispõe de portaria afim de reestabelecer a visita íntima, sendo que o estado dispõe de duas unidades prisionais com local adequado para a prática. Desta forma, segue suspensa a visita conjugal.

O Ceará conta com duas unidades prisionais que ofertam local adequado para a visita íntima, contudo, De acordo com o relatório de inspeções em estabelecimentos prisionais do Ceará disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça, Em nenhuma das unidades prisionais há a realização de visitas íntimas desde 2019, ano de início dos novos protocolos, da doutrina do contato zero. Insta mencionar que a Penitenciária Industrial de Sobral (PIRS) era uma das unidades que ofertavam o local para ocorrer a visita íntima, entretanto, este foi revertido a ala de triagem.

De acordo com a RESOLUÇÃO/001/CECP/2022, a visita íntima junto as unidades prisionais do estado da Paraíba, ocorrem semanalmente, preferivelmente aos fins de semana. Cabe levantar que este estado oferta 38 unidades que contam com local apropriado para ocorrer a visita. Porém no restante das unidades, a visita íntima ocorre dentro das celas, sem nenhuma privacidade.

Quando se trata dos estados vizinhos Pernambuco, Alagoas e Sergipe, é possível afirmar que estes retornaram a oferecer a visita íntima para os cônjuges e companheiros previamente cadastrados, entretanto o índice de oferta do local adequado ainda é baixo, o primeiro ofertando seis, o segundo apresenta três unidades ofertantes, e o terceiro oferece apenas seis. Por fim, o estado do Tocantins soma 27 unidades penais, sendo que apenas 5 penitenciárias ofertam módulo de visita conjugal e 9 apresentam local específico para visita social, que é ofertada semanalmente. Alhures, havia a oferta da visita íntima concomitantemente com a visita social em ambiente único, com a duração entre 45 minutos a três horas, podendo existir variação a depender da unidade prisional.

No período pandêmico houve a restrição das visitas íntimas assim como os demais estados. Acontece que o estado do Tocantins segue com a restrição até os dias atuais, pela justificativa não só do período pandêmico, mas também pela falta de ambiente adequado em todas as unidades. A unidade penal de Palmas passou por intensas reformas nos últimos anos, com a criação de novos pavilhões e a iniciação da construção de módulos onde ocorrerão as visitas íntimas. A mão de obra utilizada é da população carcerária, através da política de remissão de pena, assim barateando o orçamento estatal. No entanto, atualmente as obras seguem paradas por falta de materiais.

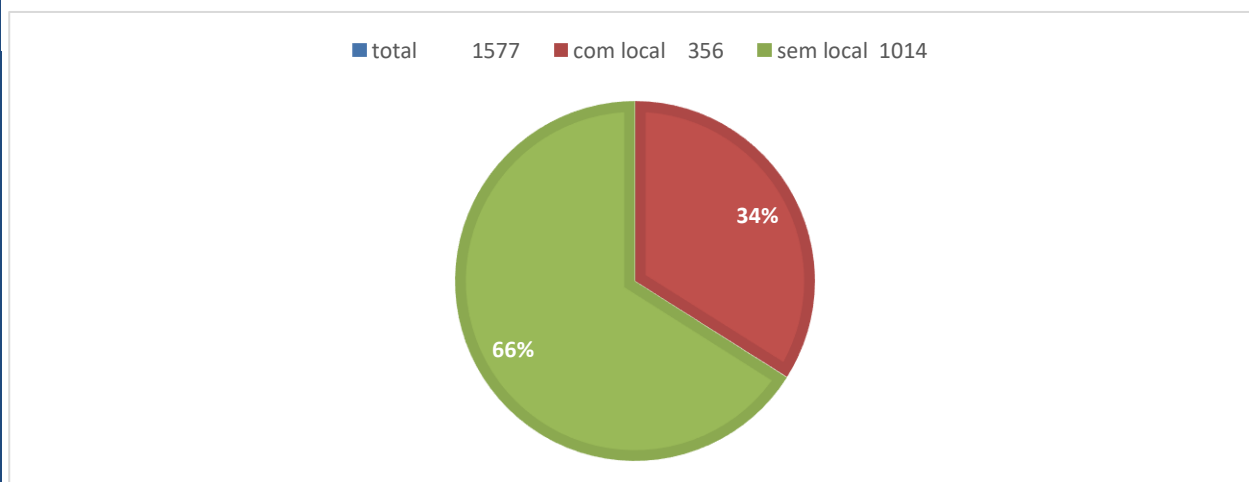
Ao realizar um comparativo do estado do Tocantins com os demais estados, nota-se que há um retrocesso quanto a não oferta das visitas conjugais, mas também há evolução no que se refere a construção de locais específicos utilizando a mão de obra dos presos e a falta de burocracia apresentada anteriormente ao período pandêmico.

3.1 Estabelecimentos com local específico para visitação e para visita íntima por Unidade da Federação de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)- Ministério da Justiça.



Entende-se por local específico para visita íntima a existência de apartamento ou alojamento próprio para propiciar à pessoa privada de liberdade o acesso à visita íntima do cônjuge ou companheiro.

3.2 Unidades com e sem local específico para visita íntima de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)- Ministério da Justiça.



É notório que houve um certo avanço concernente ao estabelecimento da visita íntima e a construção de ambientes adaptados para a prática conjugal. No entanto, o período pandêmico trouxe um retrocesso a este processo, travando os projetos de construções de módulos e possibilitando a não oferta deste direito que por muitos é tido como regalia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a constituição da república federativa do Brasil, o direito penal é competência legiferante privativa da União. Contudo, quando o assunto é execução de pena, não se lista na mesma exclusividade: compete, de maneira concorrente aquela, aos Estados e ao Distrito Federal. Neste cenário de múltiplos escritores, cabe à União produzir normas gerais e aos estados e ao DF suplementá-las ou, não as havendo, podem exercê-la a competência- de forma plena, No âmbito federal, então, a principal norma existente é a Lei de Execução Penal, que convive com as resoluções – as quais não têm caráter cogente, mas sim recomendatório- do Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias. O padrão se reproduz nos estados: Atualmente, tanto a produção das normas que regulam o cotidiano do cárcere quanto a sua aplicação fica, majoritariamente, nas mãos do Poder Executivo local.

A discricionariedade do poder executivo local e a não imperatividade das normas existentes tornam o cenário das unidades prisionais nebuloso fazendo surgir discrepâncias entre unidades prisionais dispostas no mesmo estado, como por exemplo a cobrança de documentação excessiva e onerosa.

Além da dificuldade narrada, é notório que o vírus da corona vírus se alastrou pelas unidades prisionais, sendo assim necessário aquele momento a suspensão da visitação em geral. Porém, a fase caótica passou e diversas unidades prisionais brasileiras seguem com a restrição da visita íntima, como é o caso da unidade penal de palmas.

Faz-se necessário o reconhecimento pelos estados da visita íntima não só como um direito, mais também como uma ferramenta de reinserção do educando junto a sociedade, família. É necessário o pensamento crítico para o entendimento a respeito do crescimento desenfreado do índice de pessoas encarceradas nos últimos anos e a necessidade de reintegração deste educando para que ele não volte a delinquir, desta forma, o contato conjugal pode ocasionar grande melhora junto ao ambiente prisional, que desembocará na ressocialização do apenado. Além disso, a oferta da visita íntima ainda evitará hostilidade, agressividade, estupros e suicídios no âmbito prisional.

Para que haja a construção narrada faz-se imprescindível a construção de módulos de visitação íntima, afim de resguardas os direitos fundamentais tanto do apenado como de sua (o) visitante, evitando atividade vexatória e contato de crianças durante a visita social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DEMARCHI, Lizandra Pereira. **Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 07 setembro. 2022.

CASTRO, E. Vocabulário de Foucault: **um percurso pelos seus temas, conceitos e autores**. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Saúde sexual e saúde reprodutiva** / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Básica. – 1. ed., 1. reimpr. – Brasília: Ministério da Saúde, 2013. (Cadernos de Atenção Básica, n. 26).

NEW YORK CITY DEPARTMENT **OF HEALTH AND MENTAL HYGIENE**. Safer Sex and Covid-19, 2020. Disponível em: https://www1.nyc.gov/assets/doh/downloads/pdf/imm/covid-sex-guidance.pdf?utm_source=morning_brew Acesso em: 25 de fevereiro de 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Defining Sexual health: Report of a technical Consultation on Sexual health**. Geneva, 2006. Disponível em: <https://www.who.int/reproductivehealth/>

publications/sexual_health/defining_sexual_health.pdf?ua=1 Acesso em 25 de fevereiro de 2021

PONTES, A.F. **Sexualidade: vamos conversar sobre isso? Promoção do Desenvolvimento Psicossexual na Adolescência: Implementação e Avaliação de um Programa de Intervenção em Meio Escolar.** Dissertação de Mestrado. Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar da Universidade do Porto, 2011.

Portaria nº 264/2021 – DGAP. **Autorização do retorno da visita familiar.** Goiania, Goiás, pagina 04. <https://www.policiapenal.go.gov.br/wp-content/uploads/2021/11/Portaria-n%C2%BA-264-2021-DGAP-AUTORIZANDO-O-RETORNO-DAS-VISITAS-PRESENCIAIS-NAS-UPS-EM-PARLAT%C3%93RIOS..pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2022.

Portaria nº 245/2022 – DGAP. **Autorização do retorno da visita familiar.** Goiania, Goiás, pagina 04. <https://www.policiapenal.go.gov.br/wp-content/uploads/2022/04/PORTARIA-N%C2%BA-245-de-27-de-abril-de-2022.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2022.

Portaria nº 012/2022 – SEAP/AM. **Suspensão da visita em prol da COVID-19.** Manaus, Amazonas, pagina 03. <https://www.seap.am.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/Portaria-012-2022.pdf>. Acesso em 05 de outubro de 2022.

Carta de serviço ao usuário – SEAP/AM. **Regularização dos procedimentos.** Manaus, Amazonas, pagina 28. <https://www.seap.am.gov.br/wp-content/uploads/2021/11/CARTA-DE-SERVI%C3%87OS-2021.pdf>. Acesso em 07 de outubro de 2022.

PORTARIA NORMATIVA AGEPEN-MS Nº 50 de 09 de agosto de 2022. **direito de visitas nas unidades penais.** Mato Grosso

DECRETO Nº 37.806, DE 21 DE JULHO DE 2022. **obrigatoriedade da reserva de vagas para admissão de pessoas presas, bem como de egressos do sistema penitenciário nas contratações de obras e serviços pelo Estado do Maranhão.** <https://leisestaduais.com.br/ma/decreto-n-37806-2022-maranhao-regulamenta-a-lei-no-10-182-de-22-de-dezembro-de-2014-que-cria-a-politica-estadual-comecar-de-novo-dispondo-sobre-a-obrigatoriedade-da-reserva-de-vagas-para-admissao-de-pessoas-presas-bem-como-de-egressos-do-sistema-penitenciario-nas-contratacoes-de-obras-e-servicos-pelo-estado-do-maranhao-e-da-outras-providencias> acesso em 05/10/2022

RESOLUÇÃO SEJUSP Nº 554, DE 15 DE JULHO DE 2022. Minas Gerais Belo Horizonte. 2022 <http://www.depen.seguranca.mg.gov.br/images/2022/Julho/RESOLUCAO-SEJUSP-N-554.pdf> Acesso em 11/10/2022

Portaria CSJ-502-22 Piai- Teresina <http://dom.pmt.pi.gov.br/admin/upload/DOM3372-10102022-ASSINADO.pdf> Acesso em 11/10/2022

PORTARIA DE N.º 387/2020 - GS/SEAP, Rio Grande do Norte http://diariooficial.rn.gov.br/dei/dorn3/docview.aspx?id_jor=00000001&data=20200827&id_doc=694621 acesso em: 17/10/2022

Ministério da Justiça, CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA OUIDORIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO/DEPEN, **RELATÓRIO DE INSPEÇÃO EM ESTABELECIMENTOS PENAIIS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**, abril de 2014

PORTARIA DE N.º 382/2020 – **SAP CEARÁ** <https://www.sap.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/17/2019/05/portaria-382.pdf> acesso em: 17/10/2022

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório de Inspeção junto aos estabelecimentos prisionais no estado do Ceará**. Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, 2022. RESOLUÇÃO/001/CECP/2022,

CONSELHO ESTADUAL DE COORDENAÇÃO PENITENCIÁRIA – (CECP). Resolução n. 001, de 09 de fevereiro de 2022. **Diário Oficial João Pessoa** - Sexta-feira, 08 Abril de 2022.

Departamento da Administração Prisional. Instrução Normativa N° 001/DEAP/GAB/SSP 25 de Agosto de 2010-Florianópolis-SC-. **Departamento da Administração Prisional – DEAP**.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 de outubro de 2022

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. 5. **Resolução nº 1, de 7 de fevereiro de 2019**. <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2019/resolucoes-sintetizadas> Acesso em: 19/09/2022

PORTARIA N.º 1.268 DE 5 DE SETEMBRO DE 2019 acre <http://iapen.acre.gov.br/wp-content/uploads/sites/33/2021/05/PORTARIA-N.%C2%BA-1.268-DE-5-DE-SETEMBRO-DE-2019.pdf>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório de inspeção: estabelecimentos prisionais 2022. AMAZONAS**: CNJ, [2022].

ASSIS, Rafael Damaceno de. OLIVA, Marcio Zuba de. **Objetivo das prisões, ressocialização ou punição?** Disponível em www.jusvi.com. Acesso em 01 de setembro de 2022.

BRASIL. DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. **Ministério da Justiça e segurança Pública**. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen>

VALADÉS, Diego. **La protección de los derechos fundamentales frente a particulares**. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, Norteamérica, 12, dic. 2011.

ASPECTOS RELEVANTES DOS REFLEXOS DA PSICOPATIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

LIVIA IASMIN MONTEIRO BEZERRA DE ARAÚJO:
Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fаметro.

RESUMO: O presente artigo irá abordar os principais reflexos de indivíduos com transtorno de personalidade (psicopatia) no sistema penal brasileiro como o ordenamento jurídico responsabilizar indivíduos com psicopatia, suas controvérsias entre autores e doutrina na questão de considerar imputável, semi-imputável ou inimputável, explicando sobre sua culpabilidade no direito penal as medidas de segurança que não são uma solução de tratamento para esses indivíduos no nosso sistema e como a repercussão pública interferem nas sentenças as tornando inadequadas mostrando como o sistema de prisão brasileira não consegue separá-los e como indivíduos com psicopatia podem manipular o sistema ao seu favor podendo causar uma falsa ilusão de ressocialização e ao ter liberdade e desta forma acabam replicando os mesmos crimes, salientando como podem ser respondidos os questionamentos no tratamento penal desses indivíduos com psicopatia e descrever como devem ser tratados essas pessoas e como o direito penal pode não ser tão silencioso nessa questão.

PALAVRAS-CHAVE: Psicopatia. Culpabilidade. Tratamento. Ressocialização

ABSTRACT: This article will address the main reflexes of individuals with personality disorder (psychopathy) in the Brazilian penal system insofar as the legal system makes individuals with psychopathy responsible, their controversies between authors and doctrine with regard to considering imputable, semi-attributable or unaccountable, explaining about his culpability in criminal law the security measures that are not a treatment solution for these individuals in our system and how the public repercussions interfere in the sentences making them inadequate showing how the Brazilian prison system cannot separate them and how individuals with psychopathy can manipulate the system in their favor, causing a false illusion of resocialization and freedom and thus end up replicating the same crimes, highlighting how questions in the criminal treatment of these individuals with psychopathy can be answered and describing how these people should be treated and how the right criminal justice cannot be so silent on this matter.

KEYWORDS : psychopathy. Jurisprudence. Criminal law. reflexes. ordering. Social. culpability. Public Repercussion. Security measure. Treatment. resocialization

1 INTRODUÇÃO

O tema se reveste de grande importância social, tendo em vista que a psicopatia tem uma extrema importância para ordenamento jurídico vigente em sua constante realidade social do país com sua falta de uma melhor resolução desse problema que dentro do jurídico muitas vezes não tendo uma resposta adequada para esses atos junto de como a repercussão pública pode atrapalhar sobre a melhor solução desses crimes e suas sentenças adequadas para esses indivíduos e como dentro de um sistema falho esses indivíduos tem uma facilidade de manipulação entre presos e carcereiros para ter sua liberdade antes mesmo de completa a metade da sentença proferido.

O presente artigo vem ampliar e desenvolver uma breve resposta sobre o questionamento do tratamento jurídico de pessoas com transtorno de personalidade (psicopatia), no qual a grande ineficiência no ordenamento jurídico-penal brasileiro ao psicopata que ao fazer a prática do crime ainda é questionado sua imputabilidade.

O tema de estudo com amplos conhecimentos no ordenamento jurídico, direito penais e leis vigentes, autores que vem no melhor entendimentos e soluções sobre a psicopatia e como o sistema dever solucionar da melhor maneira possível pondo em destaque uma forma de desenvolver uma solução como autores que amplia esses conhecimentos para desenvolver como nosso ordenamento, doutrina e sistema prisional pode tratar esses indivíduos.

2 PSICOPATIA E ORDENAMENTO JURIDICO

O Brasil vem atingindo altos níveis de criminalidade e nas porcentagens que vem se atualizado a cada ano o aumento de indivíduos com psicopatologias, tais como, distúrbio de personalidade antissocial ou sociopata que também chamado de psicopatia, uma anomalia que faz que pessoas não tenham consciência afetiva e emocional com delitos praticados sem qualquer tipo empatia ou remorso de seus atos tendo em base isso entende que "a conduta antissocial da psicopatia é principalmente elementos na qual consiste, transtornos antissocial " (SHINE,2020).

Com isso ocorre uma grande dúvida de como poderá ser feito uma punibilidade adequada dentro do nosso código penal " O ordenamento jurídico Brasileiro traz o direito penal como o ultimo ratio aquele que somente ele poderá somente evitar a ocorrência que poderá de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social' (CAPEZ,2020), na teoria do Crime compreender o delito como a conduta típica, ilícita e culpável, sendo que a imputabilidade penal se apresenta como um dos componentes da culpabilidade.

Destaca ainda Ballone e Ortolani (2002, apud, SILVA,2018) que os psicopatas têm mais acusações criminais e mais condenações por crimes violentos em comparação a outros criminosos não diagnosticados como psicopatas.

Nos aspectos legais, na criminologia o objeto de crime envolve o criminoso e sua vítima e o psicopata nesse aspecto tem um estudo sobre sua psicologia criminal e sua psiquiatria criminal, Edwin H. Sutherland sua definição sobre criminologia na qual fala: "Criminologia é o conjunto de estudos sobre o crime como um fenômeno social. Inclui em seu escopo os processos de elaboração de leis, de quebra de leis e de reagir à quebra de leis. Certos atos considerados indesejáveis são definidos pela sociedade política como crimes " (SUTHERLAND, 1947, p.1).

No Brasil, o direito penal ao encontra indivíduos com psicopatia tem que ser feito o laudo médico identificado tal transtornos que de acordo com a jurisprudência o psicopata a princípio é condenado a pena privativa de liberdade, após o tempo de cumprimento da pena, é feito um laudo onde informa se está apto para conviver novamente em sociedade, caso não estiver ele é submetido à detenção no manicômio judiciário.

No crime de homicídio, previsto no artigo 121, caput: " Matar alguém, Pena - reclusão, de seis a vinte anos."

No parágrafo segundo apresenta as qualificadoras, que deixa a pena mais severa. Se o homicídio é cometido:

- I - Mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;
- II - Por motivo fútil;
- III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;
- IV - À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;
- V - Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

2.1 Culpabilidade

Quando falamos sobre indivíduos com psicopatia temos que fala sobre sua culpabilidade, sobre seu juízo que será feito a reprovabilidade da conduta do agente, considerando principalmente suas circunstanciais, em termos exemplificativa sua

capacidade, sua vontade ao comente a pratica ilícita. " Culpabilidade diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Reprovável ou censurável é aquela conduta levada a efeito pelo agente que, nas condições em que se encontrava, podia agir de outro modo." (GRECO,2015, p. 139) e no nosso código penal vem dispendo no artigo 59:

Art 59 :O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, o Código Penal Brasileiro regula alguns requisitos que constituem o conceito de culpabilidade, sendo eles: imputabilidade; potencial consciência da ilicitude; e exigibilidade de conduta diversa. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de sansão penal.

"As palavras culpa e culpado têm sentido lexical comum de indicar que uma pessoa é responsável por uma falta, uma transgressão, ou seja, por ter praticado um ato condenável" (MIRABETE e FABBRINI, 2009, p. 181).

Ao se trata do indivíduo com psicopatia que está entre os distúrbios mentais extremamente difíceis de diagnosticar e detectar já muitas vezes tratando como pessoas que conseguem ter um convívio disfarçado na sociedade tendo facilidade em manipular e imitar emoções , sua caraterística comum é sua falta de empatia e consciência que quando adultos não tem possibilidade de tratamento, embora ainda existe possibilidade de tratamento adequado em crianças com esse distúrbio quando diagnosticado a tempo. Com isso tem a necessidade de identificar se o indivíduo que praticou a ação, sofre de alguma doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou transtorno.

Quando se trata dos psicopatas, a maioria dos juristas acreditam que eles devem estar classificados com semi-imputáveis, em razão deles terem conhecimento da ação que realizou, porém não conseguem controlar os seus impulsos, podendo ser condenado, mas com a pena reduzida ou com medidas de segurança.

Para Nucci (2011, p. 300):

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).

Também podemos falar sobre para alguns autores mencionam a coculpabilidade quando um indivíduo em virtude de o estado não poder ter uma qualidade e oportunidade de vida ou até mesmo uma proteção do estado na área da psicologia jurídica observa em seus estudos com indivíduos com psicopatia uma infância conturbada com violência, abandono e vulnerabilidade no local em que viviam causando traumas e colocando uma possibilidade de resposta sobre pessoas com esse transtorno já que com essa vivência fazem uma contribuição para futuras infrações penais graves e formas como esses crimes são efeitos como informa Zaffaroni e Pierangeli (ZAFFARONI, 2006 p.527)

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento de reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘coculpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar’.

Que com a culpabilidade do agente é que o juiz para concluir o tipo de condenação adequada tendo ajuda de outros juristas para a conclusão desses casos com psicopata com a análise do crime e de sua gravidade.

3 PSICOPATIA E SUA IMPUTABILIDADE

Com isso vem a dúvida, um indivíduo com psicopatia, ao cometer infrações penais dever considerar imputável, semi-imputável ou inimputável? Esta resposta será dada por laudo médico pericial como anteriormente explicado.

O Brasil adotou a Teoria Normativa pura, que conceitua culpabilidade como visto antes, como um juízo de reprovação que recai sobre o autor do fato (CAPEZ, 2012, p.332). Segundo nosso Código Penal, os elementos da culpabilidade são segundo a teoria pura: imputabilidade, potencial de consciência de ilicitude e exigência de conduta diversa. (CAPEZ, 2012, p. 332)

No direito o elemento da culpa é essencial para atribuir a imputabilidade, já que em duas modalidades tem situações voluntárias e situações involuntárias ainda tem sujeito e objeto, havendo dolo ou culpa o indivíduo poderá ser considerado punível, nesse sentido Cunha explica:

“imputabilidade é capacidade de imputação, ou seja, possibilidade de se atribuir a alguém a responsabilidade pela prática de uma infração penal ” (CUNHA,2013).

Desse modo também no tocante à imputabilidade, Fernando Capez se posiciona:

“Imputabilidade: É a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. ” A imputabilidade apresenta, assim, um aspecto intelectual, consistente na capacidade de entendimento, e outro volitivo, que é a faculdade de controlar e comandar a própria vontade. Faltando um desses elementos, o agente não será considerado responsável pelos seus atos, passando a ser considerado imputável. Causas que excluem a imputabilidade: São quatro: doença mental; desenvolvimento mental incompleto; desenvolvimento mental retardado; embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior. (CAPEZ,2012, P,165)

Também visto no art. 28 do código penal onde dispõe sobre não excluem a imputabilidade penal:

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - A emoção ou a paixão;

Embriaguez

II - A embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Enquanto na semi- imputabilidade é uma perda parcial da compreensão da sua conduta ser lícita ou ilícita e sua capacidade de autodeterminação ou discernimento de

seus atos, de acordo com Cunha a semi-imputabilidade previsto no artigo 26, parágrafo único, do código penal, ocorre quando o agente, " (...) em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardo não era interiormente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou determina-se assim como HUNGRIA (1975,p 337) "Em se tratando de semi-imputabilidade, o sujeito não é completamente incapaz como no caso da inimputabilidade "

Os indivíduos com psicopatia no estudo do direito penal ainda ficam na dúvida sobre seu discernimento de seus atos como informa palomba (apud BORGES, 2018), esses indivíduos estariam em uma zona fronteira entre a normalidade mental e a doença mental e, portanto, ao seu portador caberia a semi-imputabilidade, a qual somente deverá ser mencionada quando houver claramente um déficit na capacidade de autocrítica e de julgamento de valores ético-morais. Assim, liberar esses indivíduos ao convívio social é uma responsabilidade extrema, uma vez que a taxa de reincidência é elevadíssima. Para que seja aplicado uma pena, é preciso que o fato tenha sido típico, ilícito e culpável, no entanto, quando o agente é considerado semi-imputável, poderá ser aplicado a medida de segurança. (GRECO, 2020, p.506).

Nesse sentido ocorre como controvérsias na doutrina do direito e até mesmo como ocorre as condenações que alguns são considerados imputável de acordo com ROBERT HARE (2013,38) "(...) é resultado de uma escolha exercida livremente " já que muitos tem discernimento dos seus atos e em alguns casos consideraram semi-imputável por mais que tenham consciência dos seus atos em contrapartida esse transtorno faz que esses indivíduos não tenha a plena consciência dos atos praticados.

E quando o indivíduo não tem discernimento dos seus atos ou tem condições ou maturidade mínimo que possa ser responsabilizar criminalmente como descrito no artigo 26 do código penal. - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento , também tendo esse entendimento o Bitercourt dispõe (2014, p. 475) " a ausência de sanidade mental ou da maturidade mental constitui um dos aspectos caracterizadores da inimputabilidade, que ainda exige a capacidade de entender ou de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento."

Como explicando anteriormente pessoas com psicopatia mesmo tendo um transtorno não se encaixa como inimputável já que pode ter parcialmente seu discernimento, porém tendo noção que seus atos são ilícitos como o ordenamento jurídico na dúvida de como pode ser revolido essas controvérsias.

Os indivíduos com psicopatia não podem ser considerados inimputáveis, sendo um elemento da culpabilidade, sendo capaz de isentar a culpa que desse modo não tendo culpa daquele ato praticado acabando que não havendo crime. São considerados inimputáveis quando o agente é incapaz de discernir seus atos, que comentem os crimes, porém no momento na pratica de crime é incapaz de compreender que aquele ato era ilícito, sendo de forma absoluta ou relativo. Bittencourt assevera que: "Assim, a ausência de qualquer dos dois aspectos, cognoscivo ou volitivo, é suficiente para afastar a capacidade de culpabilidade, isto é, a imputabilidade penal. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, p.390)" e tendo em base o Código Penal no art. 26 diz:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Mesmo que o Para Marcelo Sales França, o psicopata pode ser considerado inimputável, dependendo do seu grau de desenvolvimento do transtorno partindo de análise do histórico psíquico do indivíduo, e da verificação de sua interação com o ambiente.

E os agente que tem transtorno da psicopatia tem a capacidade de entender que o ato que praticaram muitas vezes planejado e executado são práticas ilícitas ao mesmo tempo que por terem um transtorno mental faz com que não tendo uma certeza sobre sua capacidade de entendimento amplo, ou seja saber que aquela pratica é considerado na sociedade hediondo ao mesmo tempo não tendo sentimentos para entender o motivo de ser errado, causando uma dúvida a sear de como o direito penal dever trata esses indivíduos.

3.1 Medidas de segurança

No Brasil existe dois tipos sanções, as medidas de segurança e as penas, Segundo Gomes (2007, p. 654): "Pena: é a sanção (castigo) imposta pelo Estado (pela autoridade judicial competente), quando necessária (para fins de repressão e de prevenção), de acordo com o devido processo legal, ao agente culpável de um fato punível". As penas e medidas de segurança são uma forma de punição dos atos ilícitos de um indivíduo para que possa volta para sociedade, "' A pena tem caráter afltivo; a medida de segurança, curativo.' (ESTEFAM, 2018, p. 514-515).

As medidas de segurança são aplicadas aos inimputáveis e semi-imputáveis e estão previstas nos artigos 96 ao 98 do Código Penal e com base do laudo pericial e na doutrina os psicopatas são em sua maioria considerado semi-imputáveis tendo controvérsias entre

os juízes e ainda a medida de segurança é a sanção penal imposta pelo Estado, com uma finalidade e preventiva, com o objetivo de evitar que o autor que tenha praticado uma infração penal de periculosidade, volte a praticar aquele delito quando solto. “ há duas formas de sanção penal, as penas e as medidas de segurança. A pena é aplicada com o intuito de punir e de socializar o agente, fazendo com que ele volte a conviver normalmente na sociedade.

A medida de segurança tem a função preventiva, impedindo que o sujeito reincida em crimes. Portanto, a pena é retributiva-preventiva e as medidas de segurança são preventivas. (DAMÁSIO, 2008).”

Também podemos falar que “Consistem as medidas de segurança nas respostas penais aplicadas ao responsável por um injusto penal (fato típico e antijurídico), que, embora desprovido de culpabilidade, mostre-se mentalmente incapaz e individualmente perigoso” (ESTEFAM, 2018, p. 511), ainda tendo requisitos para uma medida de segurança como Bitencourt informa que “os requisitos para a aplicação da medida de segurança são: prática de um fato típico punível; periculosidade do agente; e ausência de imputabilidade plena. A periculosidade pode ser entendida neste aspecto como um estado subjetivo relativamente duradouro de indissociabilidade, um juízo de probabilidade, com base na conduta antissocial, de que o agente voltará a delinquir ” (BITENCOURT, 2018).

Entretanto, psicopatas em sua maioria caso solto voltam a praticar os mesmos crimes já que um transtorno com psicopatia não tem uma cura ou um tipo de tratamento adequado principalmente como são capazes de manipular outras pessoas para pensarem que estão curados para esses indivíduos consigam conviver em sociedade novamente, Segundo Morana, Stone e Filho (2006) muitos psicopatas homicidas, quando presos, enganam médicos, psiquiatras, psicólogos e agentes penitenciários, fazendo que eles acreditem que ele se curou e sendo uma pessoa capaz de voltar a conviver com a sociedade. E quando essa errônea decisão é tomada surgem novas vítimas desse psicopata.

Sendo pessoas que não aprendem com punições e não havendo cura para a psicopatia, esses indivíduos se tornam predadores irremediáveis para a sociedade, a prisão permanente desses inimigos parece ser a única defesa da comunidade. Além disso, segundo Hemphill e Cols (1998, apud. MORANA, 2019) criminosos psicopatas reincidem três vezes mais do que os outros criminosos e, em crimes mais violentos, a taxa de reincidência pode ser de 4 vezes mais em comparação a outros delinquentes. Percebe-se, portanto, que esse sujeito oferece altos riscos para a sociedade pois são incapazes de viver em harmonia além de possuírem tendências a práticas criminosas.

4 TRATAMENTO DO PSICOPATA NO AMPLO PENAL COM REPERCUSSÃO PÚBLICA

Crimes de comoção ou de repercussão social são aqueles que causam um impacto nas pessoas através da divulgação da mídia ou meios de comunicação geral, na grande maioria esse sentimento causado é o de revolta. Essa comoção acaba interferindo no andamento processual criminal, principalmente no momento da sentença.

Já que com a pressão da mídia e com da sociedade acaba causando uma rapidez no processo e como a questão de culpabilidade, inocência e formas de tratamentos são tratados de forma menos eficiente, tendo em base que ao ter uma repercussão acaba causando relevância no ponto de vista econômico, política, social e jurídica, como informa Medina (2004 p.203): “a repercussão geral jurídica no sentido estrito existiria, por exemplo, quando estivesse em discussão o conceito ou a noção de um instituto básico de nosso direito, de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente, como, por exemplo, o de direito adquirido”.

E de psicopatas onde seus crimes são extremantes cruéis causando uma grande comoção tendo exemplos nacionais como o caso “maníaco do parque” no ano de 1908, Febrônio Índio do Brasil , Chico picadinho que foi condenado à 40(quarenta) anos de prisão em 2019 lei sancionada que aumentou a pena máxima de prisão no Brasil e o notório Pedrinho matador que fora condenado 128 (cento e vinte oito)anos de prisão pela pratica de 18 (dezoito) homicídios confirmado mesmo que o agente tenha confessado 100 (cem) vítimas que nunca foram comprovados que mesmo com uma condenação alta fora solta após 42 (quarenta e dois) anos de prisão se encontrar em liberdade, maníaco de Goiás condenado a 600(seiscentos) anos de prisão e entre outros, apenas como exemplo internacional mais notória em nossa sociedade e na mídia o notório Jack estripador, mesmo nunca sendo identificado acabou ser tornando um dos assassinos mais famoso na história, assassino do zodíaco, Charles Mansone e Mary Ann Cotton.

Todos exemplos de psicopatas que seus crimes tiveram uma grande repercussão na mídia, e pondo em importância os agentes nacionais que seus crimes como observado que mesmo com a pena máxima no Brasil sendo quarenta anos tiveram suas sentenças o dobro ou triplo da sentença penal máxima que em muitas vezes tiveram suas liberdades após o enfraquecimento na mídia em cima desses casos e também pelo bom comportamento que se mostram para manipular dentro no sistema e ter sua liberdade.

5 COMO O ORDENAMENTO JURÍDICO DEVERIA TRATAR INDIVÍDUOS COM PSICOPATIA

No sistema penal brasileiro, o crime é a conduta do indivíduo tipificada em suas ações ou omissões que violam a conduta e regras de uma sociedade, entretanto, não somente as leis que regem sistema penal brasileiro os fatores psicológicos, sociais e entre outros são fatores importantes para determinar sua pena fazendo com que os juristas tenham dificuldade e como atualmente o número de reincidência vem aumentando junto

com o aumento de transtorno de personalidade, como Morana compreende: “psicopatas num local onde tem presos que vivem como animais abandonados, podem facilmente manipular os presos comuns e corromper agentes carcerários e se tornar grandes líderes dentro da prisão. Por mais que sua punição seja severa não influencia em na conduta deste indivíduo ao sair da prisão, pois irá facilmente reincidir no crime em busca algum sentimento. “A taxa de reincidência é três vezes maior para psicopatas do que para criminosos comuns. Em relação a crimes violentos, essa taxa é quatro vezes maior em psicopatas quando comparados a não-psicopatas” (MORANA, 2009)

Como psicopatas tem uma facilidade de manipulação num sistema prisional tão falho acabam voltando a sociedade sem realmente ter compreendido seu delito e tendo reincidência como (SILVA, 2008, p. 128). “Estudos revelam que a taxa de reincidência criminal (capacidade de cometer novos crimes) dos psicopatas é cerca de duas vezes maior que a dos demais criminosos. E quando se trata de crimes associados à violência, a reincidência cresce para três vezes mais”

Mesmo que no Brasil em 1937 na época do Getúlio Vargas promulgou o decreto 24.559/34 que fora planejado para o destino dos psicopatas na época se mostrando ineficaz e até mesmo favorável para esses indivíduos já que os tratavam como se tivesse a possibilidade de doentes mentais mesmo que o decreto sendo ineficaz ele ainda dava para indivíduos com psicopatia um destino e possibilidade de tratamento o que não ocorre na atual são presos como um cidadão comum, ou levado a tratamento ou internação, através da medida de segurança que muitas vezes são misturados com outros presos para Palhares e Cunha (2012) citam que “em alguns países desenvolvidos os psicopatas são separados em celas específicas (individualizadas) em relação aos demais presos (Canadá, Austrália e parte dos Estados Unidos, por exemplo) . com isso podemos concluir que primeiro uma separação desses indivíduos com psicopatia com indivíduos sem transtorno já que podemos notar que sempre fora pensado numa separação e isolamento para essas pessoas já que tem de adaptação de regras, isto é, quando lhes convém, sempre com interesses particulares, favorece os benefícios que são legais durante a execução da pena.

Além disso, uma alternativa seria a implantação do PCL-R desenvolvido por Hare, sendo possível identificar um psicopata e qual o seu nível de transtorno de personalidade para que, em cada caso concreto, seja desenvolvido o tratamento adequado.

Compartilhando desta ideia, Morana (2004), citado por Trindade (2010), considera a Escala de Hare bastante eficaz na identificação da psicopatia, sendo unanimemente considerado instrumento legítimo para identificação dos psicopatas, principalmente na seara forense, e para verificação, além de comportamentos, dos traços de personalidade prototípicos do distúrbio de personalidade.

Por seu poder preditivos de violência e de recidividade, o PCL-R reveste-se de grande valor para o estabelecimento de subgrupos de indivíduos violentos, permitindo não só um maior aprofundamento da pesquisa, quanto um manejo mais adequado desses indivíduos por parte do sistema jurídico penal. (TRINDADE, 2010, p. 171).

O PCL-R é formado por uma escala classificatória que dota de 12 itens. Cada item possui uma pontuação escalar (0, 1 ou 2), e relaciona-se com os seguintes dois fatores: o primeiro está ligado à extroversão e aspectos positivos em geral, enquanto o segundo associa-se à traços de personalidade negativos, como ansiedade e raiva. Faz-se necessário destacar que o teste só é válido quando aplicado por um profissional qualificado e experiente (HARE, 2013).

Trindade alerta também sobre a necessidade de acompanhamento intensivo aos psicopatas, bem como a ineficácia de tratamentos: “com efeito, psicopatas, necessitam de uma supervisão rigorosa e intensiva. Qualquer falha no sistema de acompanhamento pode trazer resultados imprevisíveis. Isso exige programa bem delineados, fortemente estruturados, com etapas muito claras que, se descumpridas, devem fazer o sujeito retroceder a um regime maior de vigilância.

Os modelos cognitivos, conforme já referido, são os que mais enquadram o psicopata e podem promover uma reestruturação no seu modo de processar informações. Psicopatas não aderem voluntariamente nenhum tipo de tratamento e, se quando o fazem, é apenas para obter benefícios e vantagens secundárias” (TRINDADE, 2010, p. 173).

6 CONCLUSÃO

As pessoas com psicopatia ainda causam uma grande dúvida de como devem ser tratados tanto na sua parte psicológica como no ordenamento jurídico brasileiro, desde de sua definição por parte do judiciário em decidir se o psicopata é imputável, semi-imputável ou inimputável tendo definições distintas mesmo escolhendo um tipo de sanção cabível ainda não sendo eficaz para esses indivíduos, já que muitas vezes por sua falta de consciência e empatia entendem que pratica do crime é errado sem realmente senti que o feito fora prejudicial então prisões são incapazes de sua ressocialização para voltar para sociedade causando um conflito no ordenamento jurídico em que psicopatas ficam entre indivíduos que não tem psicopatologia e sua facilidade de manipulação num sistema falho fazendo com que voltam para sociedade em tempo menor que foram condenado e praticando os mesmos crimes hediondo e ainda tendo dificuldade em analisa o crime que pelo tipo de crime cometido causam uma grande comissão publica sendo também um dos fatores para decisões falhas.

O artigo estabelecendo que indivíduos devem ser separados de forma definitivos dos outros presos e contendo observações comportamental mais especificadas,

especialistas psiquiátricos e psicológicos para uma forma de evita que indivíduos com psicopatia ser desenvolvam na sociedade e dentro das prisões possam ser trabalhadas tendo dessa forma um controle que esses indivíduos sobre seus atos ilícitos e até sua manipulação dentro do sistema.

Dessa forma, analisamos que deficiência do nosso direito penal brasileiro perante esses indivíduos que causam temor na nossa sociedade por seus crimes cruéis, de modo amplo obtenha uma solução para esse problema e forma de punição no Brasil.

Dissentimentos sobre uma forma de punibilidade adequadas discutidas, a forma que os juristas ainda tem dificuldade em como possa fazer uma diminuição dos crimes que vem tendo crescimentos nos últimos anos e ainda tenho alto nível de reincidência criminal tendo uma breve resposta de como possam reduzir e prevenções desses indivíduos que possam ser mais efetivos e melhor controle dessas ações na nossa sociedade.

4 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1 – 20**. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal : parte geral**, 1. – 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 24ª edição. Saraiva jur, 2018. 1.032 páginas

CAPEZ, Fernando e PRADO, Stela; **Código penal comentado**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Processo Penal – 19º**, Editora: Saraiva, 2012

CAPEZ, Fernando coleção **Curso de Direito Penal Parte Geral**. Volume 1, 24 Edição: São Paulo: Saraiva Educação, 2020

CUNHA, Rógerio Sanches. **Curso de Direito Penal: parte geral** (arts 1 ao 120) Salvador: Editora Juspodirm, 2013

ESTEFAM, André. **Direito Penal Parte Geral**. 7ª edição. Saraiva jur, 2018. 600 páginas.

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal: Parte Geral**, volume 1- 22ª edição, Niterói, RJ, Impetus, 1º de jan. de 2020.

HARE, Robert D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós.** Porto Alegre: Artmed, 2013, p. 38.

HARE, Robert D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós.** Porto Alegre: Artmed, 2013. 240 p.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, volume I, tomo II: arts. 11 ao 27. 5 ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1978, p. 337-356.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. **Metodologia do trabalho científico.** São Paulo: Atlas, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**, 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 202/203

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado.** Rio de Janeiro: Ed. Fontanar, 2008.

SUTHERLAND, Edwin H.. **Principles of Criminology.** 4. ed. United States: J. B. Lippincott Company, 1939.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1:** parte geral. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 517.

TRATAMENTO JURÍDICO DAS CRIPTOMOEDAS E O PODER DE TRIBUTAR DA RECEITA FEDERAL

PAULO GIOVANNY REBELO MACIEL:
Graduando em Direito pelo Centro
Universitário FAMETRO

RESUMO: O tema do artigo a ser apresentado, fora escolhido pela grande inovação tecnológica no mercado financeiro com a ideia da descentralização de uma blockchain e o grande interesse no investimento de capitais em criptomoedas, que visam a facilidade de transações em diversas carteiras e operações com investimentos rentáveis de grande lucratividade. Tal abordagem visa auxiliar na compreensão do tratamento jurídico de uma moeda não fiduciária, ou seja, moedas que não possuem controle estatal, porém, não estão isentas de sua tributação, da mesma forma como também compreender se o Estado é ou não um ente legitimado a cobrar tributos de um mercado, cujo os rendimentos se dão através de moedas virtuais.

PALAVRAS-CHAVE: Criptomoedas e Tributação. Bitcoin. Blockchain. Altcoins.

ABSTRACT: The theme of the article to be presented was chosen by the great technological innovation in the financial market with the idea of decentralization of a blockchain and the great interest in capital investment in cryptocurrencies, which aim to facilitate transactions in various portfolios and operations with profitable investments. of great profitability. Such an approach aims to assist in understanding the legal treatment of a non-fiduciary currency, that is, currencies that do not have state control, however, are not exempt from its taxation, in the same way as to understand whether or not the State is a legitimate entity to collect taxes from a market, whose income is given through virtual currencies.

KEYWORDS: Cryptocurrencies and Taxation. Bitcoin. Blockchain. Altcoins.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo o estudo e compreensão do tema desenvolvido, abordando de forma analítica a origem das criptomoedas especificado no bitcoin e a regulamentação de criptomoedas, compreendendo a legitimidade da obrigação na prestação de informações à Receita Federal acerca de ganhos obtidos em criptomoedas.

As criptomoedas trouxeram consigo a grande inovação tecnológica ao mercado financeiro em ativos que em suas transações se dão por meio de criptografia, ou seja,

permitem que os cripto ativos sejam transacionados de forma pseudônima e segura, sem intervenção de bancos ou intermediários.

Além dos aspectos tecnológicos, o mercado de criptomoedas possui a característica de serem descentralizados e sem qualquer vínculo com moedas fiduciárias, ou algum poder estatal. Diante disso, investidores do mundo inteiro, sejam eles os mais experientes no mercado financeiro tradicional e os iniciantes estão se atraindo cada vez mais às criptomoedas por serem altamente rentáveis e menos burocrática.

Assim, o mercado de cripto ativos vem despertando o interesse de milhares e se tornando cada vez mais presente no cotidiano das pessoas e nas academias, pois o que mais tem se discutido nos últimos anos no mundo jurídico e econômico é acerca da natureza jurídica das criptomoedas e sua possível tributação ao ente público e sua regulamentação.

Este debate está mais assíduo no Brasil, pois o país nos últimos anos foi cenário em manchetes de jornais em casos ilícitos em que houve busca e apreensões em empresas que utilizaram das criptomoedas para realizar pirâmides financeiras, outras trouxeram prejuízo ao patrimônio de clientes que prometeram rendimentos absurdos e por fim, utilizaram destes meios para desviar o dinheiro dessas pessoas.

Diante disso, o tema da regulamentação das criptomoedas e sua tributação está presente hoje nas universidades, simpósios acadêmicos jurídicos e principalmente no Senado Federal, onde no dia 26 de abril de 2022 foi aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) o PL. 4.401/21 que visa regular o mercado de criptomoedas no Brasil.

Na primeira e segunda seção abordaremos acerca da origem da moeda, sua evolução às criptomoedas e sua natureza jurídica, onde será dividida em duas subseções na qual será detalhando o conceito do bitcoin e as altcoins e explicando a funcionalidade dos protocolos de segurança e criptografia, também conhecidas como "Blockchain", por fim no último tópico da seção secundária será abordado a respeito da natureza das criptomoedas e sua relação com o ordenamento jurídico.

Na terceira seção será dividida em três subseções, onde se tratará a respeito da tributação das criptomoedas e as questões relacionadas ao poder estatal e sua legitimidade em tributar, ademais também será analisado acerca da obrigatoriedade da prestação de informações à receita federal e por fim, estudaremos quais tributos incidirão nas criptomoedas.

2 ORIGEM DAS CRIPTOMOEDAS

A moeda originou-se com a ideia de um meio de troca nas relações comerciais, com isso ao longo dos anos o dinheiro evoluiu e obteve sua forma física no metal, depois, no

papel, devido a isso a relação de confiança dos indivíduos quanto ao valor da moeda tornou-se a ter ligação direta ao ente estatal, no qual seria responsável na emissão e garantia de sua circulação no território da moeda fiduciária, acompanhada sempre de regularização e controle fiscal.

Em vista disso, segundo Dias (2020) com o desenvolvimento da tecnologia no setor financeiro, nasce a nova definição de moeda, as criptomoedas, moeda esta que vem revolucionando os meios de troca e pagamento, expandindo os vínculos comerciais sem intervenção direta do ente estatal ou de instituições bancárias regidas pelo governo.

Dessa forma, segundo Sousa (2020) o surgimento das criptomoedas interliga-se ao colapso da Bolsa de Valores Americana, assim, isto se justifica pelo fato de o marco da queda da bolsa americana ser o mesmo da primeira transação de bitcoin registrada em janeiro de 2009.

Assim, no entendimento de muitos economistas, o motivo da crise financeira de 2008 possui inteira ligação com os financiamentos dados as compra de imóveis nos Estados Unidos, com isso, "com os juros, aumentavam-se as propostas de empréstimos com o fito de financiamento habitacional e, conseqüentemente, a pretensão para adquiri-los". (SOUSA, p15.2020)

Deste modo, muito dos empréstimos na época não foram pagos e as instituições bancárias executaram as garantias tomando os imóveis, com estas ações o preço dos imóveis que na maioria das vezes tinham valorizações, começaram a se desvalorizar, os títulos com retornos garantidos, também perderam seus valores, resultando também em falência de muitas empresas.

Isto posto, diante da incredibilidade do governo e dos bancos e a decepção de muitas pessoas que perderam seus capitais com algo dito "seguro" e "regularizado", surge a modalidade de transação negocial, a qual possui uma característica diferenciada das ditas tradicionais, surgindo assim, as primeiras experiências de criptografia para tecnologia.

Dessa maneira, a origem das criptomoedas é tido como uma alternativa genuína em viabilizar que os indivíduos possam efetuar pagamentos, fazer transações a outras carteiras sem intermediário de instituições financeiras ou algum banco central.

Ao analisarmos no contexto nacional, o mercado de criptomoedas ainda se encontra muito recente, porém já muito difundido no Brasil devido à grande dimensão e aderência e corretoras nacionais, internacionais e bancos que já aderem a negociação de criptomoedas do real para o bitcoin.

Em vista disso, diante destes avanços o Senado Federal aprovou o projeto de lei nº 4.401/21 no dia 26 de abril deste ano em que visa a regulamentação do mercado de criptomoedas e um incentivo para a energia sustentável, a PL 4.401/21 é de autoria do senador Irajá (PSD-TO), na qual, de acordo com o portal do Senado Federal, a proposta traz diretrizes para a “prestação de serviços de ativos virtuais” e faz a regulamentação das empresas e corretoras prestadoras desses serviços.

É importante salientar que, o projeto de lei apresentado por Irajá incorporou outros projetos, sendo o PL 3.825/2019 do senador Flávio (Podemos-PR) e o PL 4.207/2020 da senadora Soraya Thronicke, ou seja, trata-se do substitutivo que aperfeiçoou e juntou ideias desses outros projetos para a elaboração do novo projeto de lei, sendo que, o autor do texto original é do deputado federal Áureo Ribeiro.

3 NATUREZA JURÍDICA DAS CRIPTOMOEDAS

As criptomoedas são consideradas uma subespécie das moedas virtuais, visto que são moedas de fluxo aberto, descentralizada, universais, criptografadas (principal característica das criptomoedas, onde as difere das outras subespécies de moedas virtuais) e com fluxo de conversibilidade bidirecional.

Assim afirma, (Gomes,2019, p.39):

Por conta da infinidade de combinações possíveis das categorias supra colocadas, restringirmos o objeto de análise do presente trabalho ao estudo dos efeitos tributários dos investimentos em criptomoedas, as quais são consideradas moedas virtuais de fluxo aberto, descentralizadas, universais, criptografadas e com fluxo de conversibilidade bidirecional.

Deste modo, em virtude das particularidades intrínsecas das criptomoedas, pode-se considerar que os cripto ativos são enquadrados como moedas virtuais. Logo, “toda criptomoeda é uma moeda virtual (e, portanto, uma moeda digital), mas nem toda moeda virtual é uma criptomoeda”. (Churilov, Aleksei apud Gomes. 2019, p.39).

Portanto, as criptomoedas são transacionadas como meios de troca, onde não possuem lastro em moedas reguladas por um banco central (moedas fiduciárias), pois são dotadas de códigos criptografados que são identificados em um sistema próprio único e tecnológico.

Em se tratando da natureza jurídica, às criptomoedas são consideradas como ativos financeiros, ou seja, um meio de investimento para o aumento de capital, assim, “Sob a ótica fiscal, a classificação das criptomoedas é tomada como um ativo financeiro, portanto, está sujeita a tributação pelo GCAP (Ganho de Capital)”. (Dias.2020, p.126).

Deste modo, sendo as criptomoedas classificadas como um ativo financeiro, é evidente que incidirá algum tributo em cima desses ganhos, mesmo que as origens desses lucros advenham de moedas que não possuem vínculo algum com o estado.

3.1 O bitcoin e as altcoins

Segundo Fernando Aurélio e Daniel Nocetti, o bitcoin é a criptomoeda mais famosa do mundo, estando cada vez mais sendo aderida por investidores do mercado financeiro, essa criptomoeda teve seu surgimento com o artigo "Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system", publicado em 31 de outubro de 2008 por uma rede ou pessoa, chamada de forma figurada Satoshi Nakamoto, em portal em que se discutia sobre criptografia.

A criação do bitcoin tinha como objetivo de haver um modo de pagamento sem transação em entidade bancária ou autoridade central, portanto, a criptomoeda "...teve por objetivo pensar numa modalidade direta de pagamento, que não dependesse de uma autoridade central para emitir e controlar as moedas e transações. " (ZILVETI, Fernando Aurélio; NOCETTI, Daniel Azevedo. 2020,p.494):

O bitcoin possibilita inúmeras facilidades aos seus usuários, dentre eles a realização de pagamentos imediatos:

O bitcoin é uma rede que possibilita aos seus usuários a realização de pagamentos imediatos a qualquer pessoa e em qualquer lugar do mundo, sem a intervenção de terceiros ou de uma autoridade central, substituindo-se a confiança que seria depositada nesta autoridade pela utilização de criptografia. (Gomes. 2019,p.19).

Deste modo é evidente que o bitcoin conquistou altos patamares desde a sua criação até o presente momento, sem contar na valorização do seu ativo que iniciou-se valendo apenas \$ 0,00076392, ou seja, menos que 1 centavo e em novembro de 2021 atingiu a máxima histórica de \$ 69.000,00 (sessenta e nove mil dólares), obtendo uma valorização extraordinária de +11.000.000%.

Além destes aspectos, em concordância com Uhdre (2021) é de total relevância entender que o termo bitcoin possui dois significados ou realidades diferentes, quando o bitcoin é redigido com a inicial em minúsculo refere-se a figura de "moeda virtual" ou um "ativo financeiro" que somente existe na esfera virtual por meio do sistema de criptografia, sendo possível sua conversão para moeda fiduciária.

Contudo, ao analisar a segunda realidade do "Bitcoin" com a inicial grafada em maiúsculo, tratamos de um programa altamente tecnológico que se cria através da internet

com um sistema próprio e descentralizado, ou seja, trata-se de uma “rede global e distribuída”, onde são transacionadas entre indivíduos distintos, sem intermediários. Assim, o Bitcoin possui objetivo de possibilitar a troca de pagamentos diretamente sem intermediários, simplificando, o Bitcoin é como se substituísse um banco ou instituição financeira.

Em se tratando das demais criptomoedas, as altcoins são criptomoedas que não são o bitcoin, ou seja, o bitcoin é a única moeda virtual no campo das criptomoedas, assim, segundo o portal do CoinMarketCap.com, hoje há mais de 20.000 moedas virtuais, porém em grande parte delas com baixa capitalização e não tão promissoras. Assim, segundo o site da revista Exame.com o mercado de criptomoedas atualmente movimenta cerca de 115 bilhões de dólares por dia e isso em boa parte de sua capitalização é dominado pelo Bitcoin.

Uma das altcoins mais destacadas no mercado de criptomoedas depois do Bitcoin é a rede Ethereum, como aponta Ammons (2020) a ethereum é segunda maior Blockchain depois do Bitcoin isso em termos de processamento, pois a ethereum pode ser convertida, ou seja, suas blockchains são como bancos de dados e são centralizados por seus operadores.

O sistema da ethereum é fundamental para as demais altcoins, pois é utilizada como base para as outras moedas, portanto, “A maioria das ICOs (Initial Coin Offerings) usam Ethereum. Tem um custo de transações bem menor que o do Bitcoin e atualmente detém o segundo market cap.” (Oliveira. 2018,p.186).

Deste modo, o diferencial da rede ethereum é que ela visa a tecnologia blockchain juntamente a contratos inteligentes para todos os tipos de programação. Assim sendo, altcoins são tipos de criptomoedas que possuem diferenças sutis em relação a sua codificação, alguma delas são desenvolvidas para superar algumas deficiências do bitcoin e trazer consigo novidades, e algum tipo de serviço útil para seus investidores, por outro lado existem as altcoins que se desenvolveram através de hard forks (mudança em blockchain que torna incompatível com a anterior).

Desta forma, boa parte dos projetos de altcoins possuem propósitos específicos que podem atender as necessidades que propuserem e são considerados projetos promissores, porém outras se movimentam a base de pura especulação.

Assim, boa parte das altcoins que não possuem relevância no mercado financeiro serão levadas ao fim, “...A maioria delas provavelmente desaparecerá, investir em altcoins é visto por alguns como um investimento tão barato quanto improvável de oferecer um retorno concreto.” (Oliveira. 2018,p.185).

Desta maneira, o mercado de criptomoedas ainda é visto como atual, podendo alcançar novos patamares nos próximos anos e cada vez mais serem aderidos em carteiras dos grandes “players” ou também conhecidos como “baleias” (termo utilizado no mercado financeiro para se referir aos que possuem grandes quantidades de Bitcoin e sua movimentação influencia diretamente nos preços), ou seja o que mais se espera neste mercado é a estabilidade e o desenvolvimento de projetos sustentáveis que gerem segurança aos investidores a ponto de investirem seu capital e por fim, obter grandes lucros.

3.2 Protocolos de segurança e criptografia

Em primeira análise, o surgimento da crise de 2008 na bolsa americana fez com que a confiança no sistema financeiro estatal tornasse fragilizada, dessa forma, é de total relevância entendermos que no sistema financeiro o pilar fundamental na relação das instituições financeiras para com os que detêm a moeda é a confiança.

A confiança é tida como base no que diz respeito ao valor que se dá na impressão de moeda, pois segundo afirma Uhdre (2020) o dinheiro surgiu-se com a ideia de facilitar os meios de troca que possuíam valores em si mesmo com outros valores (ouro, prata, bronze ou pedras valiosas), porém atualmente a cédula não possui valores si, visto que são apenas um pedaço de papel ou metal de menor qualidade, ou seja, representam apenas o valor que nele está contido. Assim sendo, é neste aspecto que a confiança se destaca, pois, só há credibilidade no valor daquele papel porque acredita-se em seu emissor, o ente estatal.

Dito isto, as criptomoedas diferentemente das moedas ditas “tradicionais” (fiduciárias) não possuem credibilidade por serem emitidas por um banco central ou poder estatal, mas porque possui como característica principal de ser totalmente descentralizada e possuir a tecnologia de criptografia e o sistema blockchain que garante a segurança das transações e a criação de uma nova unidade da moeda.

Segundo Dias (2020) a criptografia é uma espécie de código virtual, na qual pode ser revertido em valores reais, sendo obrigatória a compra deste diretamente do emissor ou de alguém que já possui, no entanto, sua negociação é totalmente online e sem intermediários e isso o caracteriza como ausente de um sistema monetário regulado ou submetido a instituição financeira.

Por conseguinte, a inovação tecnológica sistêmica nas criptomoedas é conhecida como blockchain (protocolo de segurança), este sistema compõe-se em suportes de registros e dados compartilhados, onde utiliza como principal modo de segurança, a descentralização. Assim, cria-se no sistema blockchain um índice pleno para todas as

transações dentro de um único mercado, com isso a ausência da intervenção de terceiros constitui-se um aspecto de confiança entre as partes durante a negociação da criptomoeda, o que hoje tornou-se uma realidade mundial no mercado de criptomoedas que são aderidas por grandes empresas mundiais como a Microsoft, Tesla, Apple, IBM, além como também diversos governos que vem abraçando esta tecnologia como os de Singapura, Estônia e El Salvador.

Deste modo, é imperioso ressaltar o quão relevante se tornou este novo tipo de mercado principalmente pelo modo como é realizada sua emissão, algo totalmente novo, tecnológico, estudado e sendo desenvolvido cada vez mais pelos seus criadores, para assim, trazer mais liberdade e confiança aos que negociam seus cripto ativos.

4 TRIBUTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS

O mercado de criptomoedas vem se destacando e criando bases consolidadas no campo financeiro e econômico, contudo, isso não é muito diferente na esfera jurídica, pois diante do crescimento deste novo mercado que vem com propostas descentralizadas, sem intermediários e muitos sem controle estatal, discute-se acerca da tributação das criptomoedas.

No Brasil este assunto tem se tornado mais presentes nas academias com simpósios, debates e até mesmo discussões. Nas casas legislativas do Congresso Nacional e Senado Federal com criação de leis que regulam o mercado de criptomoedas, na qual possibilita um controle maior do estado na tributação do ganho de capital nos investimentos em criptomoedas.

Segundo o entendimento de Silva (2018) o mercado de criptomoedas por possuir um viés completamente novo no mercado financeiro, não havia a possibilidade de falar concretamente em regulamentação específica no ordenamento jurídico brasileiro, o que gerava muitas dúvidas por parte dos investidores, ainda argumentava que, na ausência de normas específicas, a regulamentação seria pelos próprios participantes no mercado financeiro na utilização de práticas uniformes.

Todavia, esse cenário de incertezas e dúvidas por parte do contribuinte vem obtendo respostas ao longo dos anos, resultando na aprovação do PL. 4.401/21 pela Comissão de Assuntos Econômicos no Senado Federal no início do ano de 2022 que visa a regulamentação de criptomoedas no Brasil, desse modo, com aprovação dessa lei ainda que não tenha entrado em vigor, visto que estar em tramitação na Câmara dos Deputados, fica evidente de como será o tratamento deste mercado em solo nacional.

Assim sendo, as criptomoedas classificadas como um ativo financeiro, ou seja, um meio de investimento para o aumento de capital é evidente que incidirá tributos sob estes

ganhos, mesmo que as origens desses lucros advenham de moedas que não possuem vínculo algum com o estado.

O princípio regulamentar que rege tanto a autonomia da pessoa do investidor quanto a do ente estatal é o princípio da legalidade, na qual visa a proteção do contribuinte em não ser obrigado em fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei, impedindo certos abusos por parte do fisco e uma possível discricionariedade na cobrança desses tributos.

No entanto, de acordo com Dias (2020) a omissão de rendimentos em criptomoedas pode incidir em consequências administrativas, penais, civis e tributárias, o que pode acarretar no pagamento de tributos devidos com acréscimos de juros e multa, e ainda que o fiscal tributário não descubra a omissão de criptomoedas no presente momento, isso pode futuramente resultar nas dificuldades do contribuinte em explicar os ganhos obtidos decorrentes das criptomoedas.

4.1 O estado e o poder de tributar

O estado em sua soberania tributária é o legitimador na arrecadação de tributos de todo o território nacional, pois é ele quem detém o direito constitucional de fiscalizar os tributos dos contribuintes, de modo que não há qualquer relação punitiva na ação da cobrança tributária, isto porque o CTN no art. 3º conceitua o tributo como "...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."

Portanto, o estado como possuidor deste direito detém total autonomia e legitimidade em arrecadar tributos para si, porém quando se discute essa prerrogativa estatal na esfera em rendimentos de cripto ativos há uma certa incerteza e dúvidas acerca da legitimidade do estado em tributar criptomoedas. Portanto, como já mencionado neste artigo, as criptomoedas possuem a natureza jurídica de ativos financeiros, logo, como todo e qualquer ativo financeiro haverá incidência tributária em cima de seus rendimentos.

Deste modo, tudo o que gera lucro, ou se tem ganho de capital através de investimentos, como compra de ativos, fundos imobiliários, operações de câmbio, operações no mercado futuro, seja ele no mini índice ou mini dólar e principalmente em criptomoedas, devem ser declarados à receita federal, pois é ela quem é detentora de auxiliar na investigação para combater eventuais crimes tais como, movimentações suspeitas, sonegação de impostos fraudes fiscais, falsificação, contrabando e etc.

Nesse ínterim, segundo (Silva. 2018, p.42) o bitcoin e as criptomoedas devem ser encaradas como “moeda”, bem como meio de trocas, serviços ou ativo financeiro, complementa também afirmando que:

Neste âmbito, as criptomoedas transformam-se de meio de pagamento para “ativos financeiros” sujeitos à especulação. Ademais, é importante observar que os serviços proporcionados pelas exchanges também são justificados pela existência de criptomoedas, estabelecendo nova relação entre a empresa de troca e o proprietário da moeda ou futuro adquirente, caracterizando, portanto, uma prestação de serviço, haja vista ao recebimento de comissões pelas transações.

Desta maneira, no que depender do tipo de relação jurídico - econômica que for estabelecida, as criptomoedas se manifestaram de forma específica o que corrobora não apenas na caracterização de sua natureza, mas também na incidência de sua tributação. Assim sendo, o estado é legítimo para reter tributos em rendimentos de criptomoedas que são convertidas para o real, visto que as criptomoedas são consideradas ativos financeiros que geram acréscimo de capital, portanto devem ser sujeitas a tributação.

4. 2 A obrigação de prestar informações à receita federal acerca de criptomoedas

A maior discussão deste tema é acerca da obrigatoriedade na prestação de informações de rendimentos em criptomoedas à Receita Federal, visto que ela é um órgão fundamental da União que possui como responsabilidade a administração dos impostos federais e o controle aduaneiro nacional, além de atuar em áreas como evasão fiscal, contrabando e etc.

Assim sendo, é o que afirma (SILVA, Alessandra Mazur.2018, p.12) acerca da prestação de informações de criptomoedas a Receita Federal:

Em consonância com os argumentos tecidos até o momento, passa-se a analisar a incidência do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física no que tange às criptomoedas. Conforme já pontuado, a Receita Federal do Brasil – órgão responsável por arrecadar e analisar as informações disponibilizadas mediante a Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) – formulou Perguntas e Respostas sobre a temática, em que as criptomoedas restaram equiparadas a ativos financeiros.

Por esta análise, as criptomoedas mesmo não sendo moedas fiduciárias e não havendo cotação oficial pareada à um governo, não restam dúvidas acerca da imposição

de tributos no que diz respeito à declaração, visto que são tidas como ativos financeiros. Dessa forma, devem ser declaradas pelo valor de aquisição na Ficha Bens e Direitos na modalidade “outros bens”, conforme determina a Receita Federal no PIR - Programa Imposto sobre a renda - 2022, versão 1.2.

Assim, a Receita Federal em Programa Imposto sobre Renda - 2022, Perguntas e Respostas, dispõe:

Os cripto ativos não são considerados moeda de curso legal nos termos do marco regulatório atual. Entretanto, podem ser equiparados a ativos sujeitos a ganho de capital e devem ser declarados pelo valor de aquisição na Ficha Bens e Direitos [...] quando o valor de aquisição de cada tipo de cripto ativo for igual ou superior a R \$5.000,00 (cinco mil reais).

Desta maneira, a Receita Federal considera as criptomoedas como a representação digital de valor titulada em sua própria unidade de conta, de modo que seu preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, com transição de forma eletrônica com a utilização de criptografia de tecnologias de registros distribuídos, podendo serem utilizados como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou a serviços, não constituindo moeda de curso legal.

Por fim, a respeito da obrigação de prestar informações à Receita Federal, estão obrigados, às:

- I - a exchange de cripto ativos domiciliada para fins tributários no Brasil;
- II - a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil quando:
 - a) as operações forem realizadas em exchange domiciliada no exterior; ou
 - b) as operações não forem realizadas em exchanges.

No que se refere ao inciso II, as informações deverão ser prestadas sempre que o valor mensal das operações, isolado ou conjuntamente, ultrapassar R \$30.000,00. Por conseguinte, as obrigações de tais informações aplicam-se as pessoas físicas ou jurídicas que realizarem quaisquer operações com criptomoedas em:

- I - compra e venda;

- II - permuta;
- III - doação;
- IV - transferência de cripto ativo para a exchange;
- V - retirada de cripto ativo da exchange;
- VI - cessão temporária (aluguel);
- VII - dação em pagamento;
- VIII - emissão; e
- IX - outras operações que impliquem transferência de cripto ativos

Dessarte, as informações acerca da tributação a união deverão ser prestadas à RFB mensalmente, até o último dia útil do mês subsequente àquele em que as operações com as criptomoedas foram realizadas. Todavia, é de total responsabilidade do investidor ou detentor de criptomoedas a prestação dessas informações à receita federal, assim, o não cumprimento dessas informações ou omissão, incorreção ou atraso a pessoa física ou jurídica ficará sujeita às multas previstas no art. 10 da Instrução Normativa RFB nº 1.888, de 3 de maio de 2019, a serem recolhidas utilizando o código de receita 5720.

Portanto, conforme afirma Rabello (2021), um dos principais discursos, acerca das aquisições das criptomoedas é que por muitas vezes é tido como algo ilegal, porém não há ilegalidade alguma nisso, pois, ilegal é tudo aquilo o que a lei diz ser ilegal como por exemplo o jogo do bicho, nesse caso há previsão legal de que se constitui ilegalidade, diferentemente das criptomoedas, pois é inexistente qualquer proibição no ordenamento jurídico.

4.3 Tributos que incidem sobre criptomoedas

A incidência de tributos em criptomoedas é algo que não se pode evitar ou simplesmente ignorar, pois vivemos num estado democrático de direito e deve-se respeitar as normas deste estado, não há como escapar. Diante disso, é importante o entendimento da relevância da declaração das criptomoedas na receita federal e o pagamento dos devidos tributos à União.

A respeito disso (Rabello. 2021, p.13) afirma que:

Não faz sentido pensamentos do tipo: "Não vou informar nada à Receita", "Não vou dividir meu dinheiro com o Governo", "Deixei tudo parado lá na exchange em 31 de julho, então não preciso me

preocupar”, e por aí vai. Quem vive num estado democrático de Direito está sujeito às suas regras, não tem como fugir. E se as regras estabelecem a obrigatoriedade de se declarar, e, havendo lucro, o correspondente pagamento de imposto, não há rebeldia ou espírito de liberdade que desfaçam essa realidade.

Assim sendo, vale ressaltar que a sonegação de impostos na receita federal traz consigo possibilidade de grande risco, ou seja, é impossível a pessoa se ocultar do fisco por muito tempo, seja por um banco internacional, exchange estrangeira, ou até mesmo fazer transações por meio de p2p. Deste modo, o conhecimento da obrigatoriedade da incidência de tributos nas criptomoedas é fundamental, pois evitará problemas na esfera penal, administrativa e tributária, além do pagamento de multas altíssimas pelo crime de sonegação fiscal.

Diante disso, abordaremos aqui acerca dos tributos que incidirão nas criptomoedas, o primeiro a ser destacado é o Imposto de Renda, de acordo com as regras da Instrução Normativa RFB no 2.010, de 24 de fevereiro de 2021, é obrigado à Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda de pessoa física residente no Brasil, quem estiver nestas condições:

- I - Recebeu rendimentos tributáveis, sujeitos ao ajuste na declaração, cuja soma foi superior a R\$ 28.559,70;
- II - Recebeu rendimentos isentos, não tributáveis ou tributados exclusivamente na fonte, cuja soma foi superior a R\$ 40.000,00;
- III - obteve, em qualquer mês, ganho de capital na alienação de bens ou direitos sujeito à incidência do Imposto, ou realizou operações em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas;
- IV - Relativamente à atividade rural:
 - a) obteve receita bruta em valor superior a R\$ 142.798,50; ou
 - b) pretenda compensar, no ano-calendário de 2020 ou posteriores, prejuízos de anos-calendário anteriores ou do próprio ano-calendário de 2020;
- V - Teve, em 31 de dezembro, a posse ou a propriedade de bens ou direitos, inclusive terra nua, de valor total superior a R\$ 300.000,00;

VI - Passou à condição de residente no Brasil em qualquer mês e nesta condição encontrava-se em 31 de dezembro;

VII - optou pela isenção do Imposto sobre a Renda incidente sobre o ganho de capital auferido na venda de imóveis residenciais, caso o produto da venda seja aplicado na aquisição de imóveis residenciais localizados no País, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da celebração do contrato de venda, nos termos do art. 39 da Lei no 11.196, de 21 de novembro de 2005; ou

VIII - recebeu auxílio emergencial para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da doença causada pelo coronavírus identificado em 2019 (Covid-19), em qualquer valor, e outros rendimentos tributáveis em valor anual superior a R \$22.847,76.

Isto posto, o investidor de criptomoedas se enquadra em quase todas as situações levantadas acima, como, renda decorrente de outras atividades que extrapole o limite de isenção, ganho de capital com alienação de criptomoedas, que é um bem, patrimônio superior ao limite estabelecido para isenção e ter passado a residir no Brasil no transcurso do ano-fiscal.

Ademais, o princípio regente na relação de contribuinte e o fiscal tributário é o da legalidade, que visa a proteção do polo passivo em não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer se não em virtude de lei, impedindo assim os abusos tributários por parte do fisco e uma eventual discricionariedade na fiscalização de tributos.

Assim sendo, segundo Dias (2018) A Constituição Federal e o Código Tributário Brasileiro estipulam que o imposto de renda incide sobre a aquisição de renda de qualquer espécie, de modo que as transações com criptomoedas que causam aumento de riqueza estão sujeitas ao imposto de renda, mesmo que tal aumento de riqueza seja resultado, por exemplo de obtenção de bitcoin de práticas criminosas, como lavagem de dinheiro na internet.

De acordo com a Receita Federal acerca dos ganhos com criptomoedas:

Os ganhos obtidos com a alienação de moedas virtuais (bitcoins, por exemplo) cujo total alienado no mês seja superior a R\$ 35.000,00 são tributados, a título de ganho de capital, à alíquota de 15%, e o recolhimento do imposto sobre a renda deve ser feito até o último dia útil do mês seguinte ao da transação.

Dessa forma, o investidor deve informar no GCAP (Ganhos de Capital) o valor da aquisição e o custo de venda e o pagamento do DARF (Documento de Arrecadação de Receitas Federais) tendo de ocorrer até o final do mês subsequente.

No que concerne às contribuições sociais PIS e outros impostos, segundo (Dias. 2018,p.130):

Há dúvidas extremamente relevantes. Por exemplo, o ganho auferido nas operações com cripto ativos por pessoa jurídica sujeita ao regime não cumulativo teriam a natureza de receita financeira, cujas alíquotas foram restabelecidas para o patamar de 4,65%, ou seriam essas receitas tributáveis pela alíquota combinada de 9,25%?

Diante disso, ainda segundo o entendimento de Dias (2018) isenta-se do IR o ganho de capital tido em alienações, praticados no mesmo mês, cujo preço vendido não excede a exceder R \$35 mil reais, ou seja, se o valor total mensal da alienação for superior que R\$ 35 mil, o ganho de capital auferido em tais operações é tributável pelo IRPF.

Além disso, existem outras situações em que podem surgir impostos, como pagamento de serviços e bens através de criptomoedas, no entanto, estes casos nem sequer estão listados no guia de perguntas e respostas do IRS. Assim, para que haja a incidência de tributos em algo, conforme mencionado anteriormente, é necessário regulamento legal sobre a tributação de eventos tributáveis.

5 CONCLUSÃO

Diante do artigo apresentado, entende-se que o mercado de criptomoedas é o futuro dos investimentos e na transação financeira, visto que tem sido adotado por grandes empresas, multimilionários e até sistemas de governo na posse de bitcoins. Isso mostra a total relevância e influência deste mercado na economia e na esfera jurídica, assim como sobre o estudo na incidência de tributos, conforme foi pontuado.

Portanto, a temática da tributação das criptomoedas ainda é um remédio árduo aos investidores e assunto meio polêmico, porém muito necessário e fundamental sob a análise do direito do contribuinte e na legitimidade do estado como o ente fiscalizador, visto que a não declaração e omissão das criptomoedas perante a Receita Federal trarão inúmeras consequências, dentre elas a administrativa, civil e até mesmo penal.

Nesse cenário, por se tratar de um assunto discutível com visões divergentes acerca da legitimidade ou não do estado em recolher tributos as criptomoedas, o objetivo deste artigo é de defender a autonomia do contribuinte em relação ao pagamento de tributos,

respeitando o princípio da legalidade que consiste em não contradição à lei, ou seja, fazer ou não fazer somente o que a legislação determina.

Neste íterim, também preza pela legitimidade da União em recolher tributos de qualquer natureza, conforme descrito na Carta Magna de 88, portanto, o estado é o ente legitimado no recolhimento de toda espécie tributária, pois é a União quem detém tal prerrogativa, assim como os Estados e os Municípios em suas competências legais.

Hodiernamente, através deste artigo o investidor terá uma análise do aspecto geral da criação das criptomoedas, em especial o bitcoin, o desenvolvimento do protocolo de segurança blockchain é um apanhado geral acerca do contexto jurídico da criptomoedas e da incidência de tributos em moedas não fiduciárias.

Assim sendo, ressalta-se que apesar das divergências de opiniões acerca das criptomoedas sobre sua natureza jurídica em ser um meio seguro ou não de colocar o capital, é fato que essa nova modalidade de mercado veio para ficar e atender as necessidades não atendidas por instituições financeiras tradicionais e centralizadas que por muitas vezes trazem burocracia e dificuldades em transações. Diferentemente das criptomoedas que trazem consigo a descentralização de mercado e a autonomia dos investidores em transações sem intermediários.

Por fim, a discussão sobre a incidência de tributos em criptomoedas deve ser encarada como um meio de regulamentação não das criptomoedas em sua forma virtual, mas sobre o ganho de capital e na conversão desses cripto ativos na moeda fiduciária, ou seja, no real. Portanto, a tributação não deve ser entendida como um meio fiscalizador no sentido negativo, mas como uma forma de estar legalizado perante as normas de um país.

6 REFERÊNCIAS

AMMOUS, Saifedean *The Bitcoin Standard: The Decentralized Alternative to Central Banking*: Wiley, 2018.

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

Brasília: Congresso Nacional. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 15 de Abril de 2016. BRASIL. Código Tributário Nacional.

DIAS, H. R. (2020). A incidência da tributação nas operações com criptomoedas. *Cadernos Jurídicos Da Faculdade De Direito De Sorocaba*, 2(1), 126–134.

Derivativos cripto: participe do mercado que movimenta US \$120 bi ao dia!. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/derivativos-cripto-participe-do-mercado-que-movimenta-us-120-bi-ao-dia/>

Future of Money, Exame 2022.

GOMES, Daniel de Paiva. Bitcoin: a tributação de investimentos em criptomoedas. 2019. Tese de Doutorado.

OLIVEIRA, Eduardo Henrique Kouzak O manual do Bitcoin: tudo o que você precisa saber para não perder tempo nem dinheiro / Eduardo Henrique Kouzak Oliveira ; prefácio Samy Dana. – Brasília, DF: [s.n.], 2018.

RABELLO, Ana Paula. Como declarar bitcoin e outros cripto ativos no imposto de renda. Portal do Bitcoin, 2021.

Senado aprova mercado de criptomoedas com incentivo para energia renovável! Senado Notícias, 2022.

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/04/26/senado-aprova-mercado-de-criptomoedas-com-incentivo-para-energia-renovavel>

SILVA, Alessandra Mazur. A tributação do imposto de renda das criptomoedas. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso - Centro Universitário de Maringá.

SILVA, Letícia Vieira. Tributação de Criptomoedas, 2018. Trabalho de Conclusão de Curso - Faculdade de Direito de Vitória.

SOUSA, Ana Katrine de Moraes. O desafio da tributação das criptomoedas sob a ótica do imposto de renda. 2020. 63 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2020.

UHDRE, Dayana de Carvalho Blockchain, tokens e criptomoedas : análise jurídica / Dayana de Carvalho Uhdre. São Paulo : Almedina, 2021.

ZILVETI, Fernando Aurelio; NOCETTI, Daniel Azevedo. Criptomoedas e o Sistema Tributário do Século XXI. Revista Direito Tributário Atual, n.44. p. 491-510. São Paulo: IBDT, 1o semestre 2020. Quadrimestral

PRIVACIDADE E TRATAMENTO DE DADOS: OS IMPACTOS DA LGPD NAS EMPRESAS

NATHALIA SOUSA FRANÇA.

Graduando em Direito pela
Universidade de Gurupi - UnirG.

VITOR REZENDE VILELA²⁷.

(orientador)

Resumo: A internet é uma rede de computadores mundial, portanto uma fonte de conhecimento riquíssima, sujeita aos mais variados tipos de manipulação, posto isto, se faz necessária normas e regras regulamentando os cuidados ao se fazer seu uso. Sendo de dever do Estado formular tais regras com planos e estudos para o desenvolvimento da internet no país. Dessa forma essa pesquisa tem o intuito de apresentar a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/18), que rege sobre o cuidado do usuário com a sua privacidade e do funcionamento do tratamento dos dados coletados ao se fazer uso da rede mundial de computador, expondo suas características e disposições mais relevantes para a ciência civil, bem como discutir sobre os princípios que norteiam a lei, e fazem dela um ponto de problemática entre os envolvidos; desenvolver uma linha de discussão sobre as regras estabelecida sobre a privacidade e da coleta de dados dos usuários, bem como a necessidade do cuidado com os dados, abordando também as adequações das empresas públicas e privadas em seus serviços prestados. Essa pesquisa utilizará do método dedutivo de caráter qualitativo, usando técnicas de busca textos bibliográficos e da legislação específica sobre o assunto.

Palavras-chave: Internet. Dados Pessoais. Tratamento. Empresas. LGPD.

Abstract: The internet is a worldwide computer network, therefore a very rich source of knowledge, subject to the most varied types of manipulation, given that, norms and rules regulating care when using it are necessary. It is the duty of the State to formulate such rules with plans and studies for the development of the internet in the country. In this way, this research aims to present the General Law for the Protection of Personal Data (Law 13.709/18), which governs the care of the user with his privacy and the functioning of the treatment of the data collected when making use of the global network. computer, exposing its characteristics and provisions most relevant to civil science, as well as discussing the principles that guide the law, and make it a point of problematic among those involved; to develop a line of discussion about the established rules on privacy and data collection from users, as well as the need for care with data, also addressing the

²⁷ Advogado membro da OAB/TO e OAB/GO. Com experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado. Especialização em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial. Professor no Curso de Direito da Universidade de Gurupi - UnirG.

adequacy of public and private companies in their services. This research will use the deductive method of qualitative character, using techniques of searching bibliographic texts and specific legislation on the subject.

Keywords: Internet. Personal data. Treatment. Companies. GLPD.

Sumário: 1. Introdução; 2. A necessidade de uma lei para proteção de dados; 3. Bases legais da proteção de dados; 4. Dados pessoais; 5. Adequações nas empresas 5.1 Atribuições para um bom funcionamento das empresas conforme a LGPD 5.1.1 Mapeamento do fluxo de dados 5.1.2 Revisão de contratos e políticas de segurança 5.1.3 Colaboradores 5.1.4 Suporte profissional 5.2 Responsabilidade e a segurança da informação 5.3 Fiscalização; Considerações finais; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Ao tratar sobre internet, é indubitável que no presente momento o mundo é tecnológico e podemos encontrá-la em todo lugar. O mundo está digital. Seu acesso não é mais somente para lazer, como também se faz necessário nas diversas relações de comunicação, educação, trabalho e negócios.

De acordo com BARROS (2007, p.6), conforme citado por NEVES (2012, p.15) “a *internet* é, portanto, um grande meio de comunicação, onde pessoas de diversos pontos do planeta, com culturas diferentes, podem interagir e trocar informações, desde que dominem a língua”.

O acesso à internet é um recurso básico para os cidadãos, possibilitando ampliar conhecimento e fronteiras. Porém, seu uso de forma desordenada é capaz de oferecer alguns riscos.

Milhões de informações são geradas e compartilhadas em todo o mundo, em um ritmo muito alto. A exposição na internet corrobora pra grandes chances de perigos, itens como CPF, CNPJ, endereços, número de telefones, pode expor pessoas a fraudes e ataques cibernéticos.

Estudos revelam a preocupação dos usuários quanto aos riscos de dano diante da captação de dados “[...] em relação às atividades realizada online, o nível de preocupação mais elevado foi identificado no momento de comprar pela Internet por páginas e aplicativos, seguido de acessar páginas e aplicativos de bancos.” (CGI, 2022, p. 56).

No mais, esses usuários se incomodam em pensar em como seus dados são tratados pelos órgãos governamentais, no desempenho de suas atividades, como segurança, identificação e prestação de serviços públicos:

Nesse contexto, 40% dos usuários de Internet declaram estar muito preocupados e 29% preocupados com o uso que o poder público faz de seus dados. O nível de preocupação varia um pouco quando comparado a outro indicador sobre o uso feito por empresas: 47% declararam estar muito preocupados e 28% preocupados. (CGI, 2022, p. 57).

Mantendo-se na pesquisa do CGI (2022, p. 59) “Outra categoria que se destaca é a dos dados de saúde: 29% dos respondentes declararam estar muito preocupados e 23% preocupados”. Os dados de saúde se caracterizam como dados sensíveis e a LGPD nota esses, como dados que utilizado de forma inadequada pode tornar identificável o usuário e poderá causar-lhe situações discriminatórias.

“A natureza sensível desses dados está no fato de que sua utilização inadequada pode ocasionar prejuízos a direitos fundamentais das pessoas, especialmente os relacionados a privacidade, intimidade, igualdade e dignidade da pessoa humana” (Bioni, 2019 apud CGI, 2022).

Contudo apresentado, é complicado dizer em que medida está a compreensão da sociedade acerca da maneira que se faz a aquisição, o armazenamento e a distribuição de tais informações da rede de comunicação e de como funciona também os seus métodos de segurança. Sendo hoje um bem de tal relevância, ter esse conhecimento parece ser essencial na vida, ao mesmo nível elementar de ser alfabetizado.

Encontramos na Lei nº 12.965/14, mais conhecida como Marco Civil da Internet, o auxílio no entendimento dos direitos, deveres e garantias fundamentais sobre o uso da internet e de modo abrangente a Lei nº 13.709/18 (LGPD) vêm sanar a respeito da privacidade, da segurança, coleta e tratamento de dados, das relações de exploração pessoal e comercial.

Visto que os negócios serão impactados profundamente, cabendo as empresas se protegerem de eventuais penalidades e, tão importante quanto, adotar medidas de adaptação às normas legais presentes na Lei Geral de Proteção de Dados de 2018.

Portanto, considerando os apontamentos apresentados essa pesquisa tem o intuito de buscar esclarecer os impactos gerados pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoas nos usuários e nas empresas, com foco na privacidade e na coleta de dados pessoais.

Destarte, é vantajoso o conhecimento da sociedade em questões importantes, que afetam diretamente a vida de cada cidadão usuário de quaisquer meios de conexão e comunicação. Algumas problemáticas relevantes a se ter tal discernimento para não ser prejudicado e nem prejudicar alguém.

2 A NECESSIDADE DE UMA LEI PARA PROTEÇÃO DE DADOS

Imagine milhões de pessoas fazendo uso de uma plataforma onde inúmeras informações são anexadas e compartilhadas em segundos, sem ter o devido resguardo de seus dados. É uma coisa um tanto quanto arriscada, já que milhares de empresas coletam, armazenam e processam dados pessoais de seus usuários.

Ocorreu de pensar em como a privacidade desses dados é protegida ou se são armazenados de forma segura? Em caso de ataques ou violações, há um protocolo para situações danosas?

Com um fundamento genérico pela Constituição Federal, o direito à proteção de dados é reconhecido pelo Marco Civil da Internet (2014), no entanto, de maneira insuficiente, uma lacuna ainda se encontrava vaga.

Discutida durante oito anos no país, em 2018 a LGPD se tornou pública. A Lei nº 13.709/18 visa regulamentar o uso de dados pessoais pelas empresas, de modo que os usuários saibam como esses dados estão sendo coletados e utilizados. Durante muito tempo esses dados eram usados e não havia uma esfera que controlasse o método que ocorria essas ações pelas empresas controladoras.

Assim o Brasil passou a fazer parte dos inúmeros países que contam com uma legislação específica sobre a proteção de dados pessoais dos cidadãos.

Seu objetivo é tratamento de dados pessoais, a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, regula as atividades e o livre desenvolvimento.

A LGPD aplica-se ao tratamento de dados realizada por pessoa natural ou pessoa jurídica de direito público ou privado, independente do meio e do país onde foi localizado os dados.

3 BASES LEGAIS DA PROTEÇÃO DE DADOS

Os valores em que a LGPD se baseia refletem sobre o respeito à privacidade, liberdade de expressão, a autodeterminação informativa, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, desenvolvimento econômico e tecnológico, entre outros. Assim como é previsto na lei os princípios que guiam as normas estabelecidas.

Advindo da Constituição Federal, a proteção da privacidade é garantida como um princípio fundamental em seu art. 5º, inciso X, garantindo a inviolabilidade à vida privada; somando com a garantia determinada na "Constituição da internet" (Lei nº 12.965/14) em

seu art. 3º, II e III, é presente então um fundamento aplicável a todos, tanto a pessoa física ou jurídica, independentemente do meio em que foi localizado os dados.

Isso pois, almejando a boa realização do tratamento de dados, a LGPD elucidou um rol taxativo que somente conforme ele, se pode utilizar dos dados pessoais. Inclusive o controlador tem de informar durante o tratamento do dado coletado quais dos requisitos está utilizando.

Nesse ponto, já se consolida um impacto que as empresas enfrentarão, como o consentimento é uma das bases legais, àquelas empresas que já tinham uma base de dados, é provável que terá que buscar novamente o consentimento do titular do dado, ou poderá sofrer questionamento sobre o uso, assim sugere o advogado Fábio Pereira, conforme citado por SOUZA (2020).

4 DADOS PESSOAIS

Ao adquirir acesso ou serviço de uma determinada empresa, é necessário disponibilizar algumas informações, isso é comum nos dias de hoje, pois bem, essas informações serão passadas diante de autorização do titular e os dados pessoais serão coletados e tratados pelo operador.

Em esclarecimento, os dados pessoais são aqueles que identificam o indivíduo, pode ser formada com eles uma identificação direta ou indireta. Tais como: o nome, sobrenome, e-mail, dados bancários, localização, endereços de IP e os cookies.

Há também os chamados “dados pessoais sensíveis”, que são aqueles que se expostos podem ser passíveis de discriminação, alguns exemplos são a origem étnica e racial, questões de caráter político ou religioso e dados referentes à saúde ou a vida sexual.

Com a LGPD em vigor, as empresas terão que entender que os dados pessoais não pertencem mais a empresa e sim ao seu titular, não podendo mais tratá-los sem o consentimento desse titular (CHAGAS e BIAZOTTO, 2020).

Possuindo um banco de dados, independente da finalidade da operação, as empresas devem se adequar as normas da LGPD. Vale ressaltar que o consentimento é a principal chave da lei, no mais, a transparência e a boa-fé são indispensáveis nessa relação.

5 ADEQUAÇÕES NAS EMPRESAS

A legislação é explícita: o tratamento de dados pessoais por pessoa natural ou por pessoas jurídicas de direito público e privado, inobstante do meio e do país de sua sede, ou ainda que tenha por objetivo a oferta de produtos ou serviços no Brasil, devem estar preparadas (Peixoto, 2020).

Assim, é de obrigação das empresas se adequarem às normas brasileiras de proteção de dados pessoais.

De acordo com uma pesquisa realizada pela Capterra, cerca de 25% das pequenas e médias empresas não tem conhecimento sobre as particularidades da LGPD, dentre os empreendedores que foram ouvidos e que alegaram conhecer a lei, somente 40% se dizem preparados para a vigência da nova lei de proteção de dados (Meireles, 2020).

O grande problema é que poucas empresas estão preparadas para se adequarem as regras da LGPD, primeiramente têm que entender que não é possível fazer o tratamento dos dados pessoais coletados sem o consentimento do titular.

O consentimento é o ponto alto da lei. A falta de preparação está ligada principalmente à segurança da informação, já que elevado custo e demanda de conhecimento técnico se torna um desafio para as empresas, especialmente para as pequenas e médias empresas.

Na adequação, antes de tudo, a empresa deve mapear quais informações serão coletadas, verificar se alguma é sensível. Após isso deve saber qual a finalidade da coleta e se todos os dados realmente serão precisos para o operador, é preciso saber qual a maneira que a empresa está usando esses dados como se faz o compartilhamento para terceiros.

Posteriormente deve definir a política de privacidade e adequando ela nos processos desde o início. Nesse momento a empresa precisa contatar o titular dos dados e informar sobre o armazenamento e com qual finalidade serão usados, posto isso, obter o consentimento de livre e expressa vontade do cliente. Caso não haja êxito no contato é necessário destruir os dados da base (Chagas e Biazotto, 2020).

Contudo a empresa implementa sua forma de segurança da informação, sendo importantíssimo o treinamento de todo o pessoal, visando estarem sempre preocupados com a segurança dos dados pessoais de seus clientes, proporcionando confiança a respeito do armazenamento feito e do tratamento realizado.

5.1 ATRIBUIÇÕES PARA UM BOM FUNCIONAMENTO DAS EMPRESAS CONFORME A LGPD

Alexandre Barbosa, gerente da Cetic (Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação) destaca sobre o agir das empresas em relação a proteção à privacidade e aos dados pessoais:

Investir em práticas organizacionais de adequação à LGPD contribui, em última instância, para a construção de uma cultura de proteção de dados no país. Esse é um fator crítico para as organizações tanto no setor público como no setor privado, e que pode melhorar a confiança dos cidadãos nas atividades realizadas no ambiente digital (BARBOSA apud Cetic, 2022, p.1).

Pois bem, como discutido as empresas devem se adequar para atuarem de acordo com as regras estabelecidas pela LGPD. Um posicionamento garantidor para a transmissão de segurança e confiança ao público é essencial.

Portanto algumas medidas devem ser tomadas:

5.1.1 Mapeamento do fluxo de dados

É importante a empresa conhecer os dados que são utilizados e entender o ciclo de vida desse dado. Para ter noção dos riscos e as necessidades do negócio pretendido.

De modo que, nessa etapa a maneira o fluxo dos dados deve ser exposto de maneira clara, fatores como: Quais dados serão coletados; Por qual meio será a coleta; Local de armazenamento dos dados; Quem terá acesso e quem poderá manipular os dados; Quais dados poderão ser compartilhados.

De forma que todas essas informações sejam com autorização e conhecimento do titular do dado.

5.1.2 Revisão de contratos e políticas de segurança

Além da organização do fluxo de dados, é essencial uma revisão nos contratos de serviços com os usuários e os fornecedores. Dos usuários é fundamental a cláusula explícita da autorização do uso de dados. À vista disso, com os fornecedores é obrigatório o conhecimento e emprego das normas da lei geral.

É de suma relevância adotar política de segurança, internas e externas, construindo assim um sistema de controle dentro da empresa, é também possível adicionar treinamentos para os funcionários como um procedimento padrão a ser adotado.

Tal como é importante criar política de acesso aos dados, determinar quem poderá acessar tais informações, sendo assim ser capaz de agir em casos de vazamentos.

5.1.3 Colaboradores

Na LGPD para promover uma distribuição de responsabilidade pelos dados é definido colaboradores, que atuam em diferentes estágios.

A responsabilidade pelos dados está distribuída em quatro colaboradores: O titular, é a pessoa física, o usuário do serviço, é quem tem os dados coletados; O controlador, é a empresa que fornece o serviço, é quem coleta os dados; O operador, ele quem efetivamente trata os dados coletados; E por fim o encarregado, essa figura irá se responsabilizar pela comunicação entre o usuário, a empresa e o órgão de fiscalização. Ele quem irá comunicar por exemplos sobre vazamentos e fará esclarecimentos ao público.

Esse último pode também ser o responsável por elaboração de relatórios e acompanhamento do funcionamento da empresa.

5.1.4 Suporte profissional

Para um bom funcionamento interno e posteriormente a demonstração externa de um bom desempenho, a empresa é sugerida de ter um acompanhamento profissional jurídico.

Já que a empresa se faz da utilização de protocolos, a consultoria jurídica trará benefícios na área da segurança, já que o controlador adota todas as regras da lei geral para seu trabalho com os dados pessoais dos usuários.

A opção de ter uma equipe de profissionais atendendo de acordo com os requisitos legais acrescenta na estrutura e reputação empresarial em visão interna e externa. Não só um apoio jurídico, mas também financeiro é elementar, que também facilitará na manutenção dos sistemas.

5.2 RESPONSABILIDADE E A SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO

A internet está rodeada de riscos relacionados a quebra de sigilos, a vazamento de dados e abordagem de hackers. Portanto, para ter uma boa relação de serviço, faz-se necessário passar confiança e segurança para as pessoas que adquirem tais serviços.

Na pesquisa realizada pela CGI (Comitê Gestor da Internet no Brasil), foi demonstrado os índices de preocupação quanto a captura e o tratamento de dados na internet:

No Brasil, 42% dos usuários de Internet de 16 anos ou mais relataram ficar "muito preocupados" e outros 25% afirmaram ficar "preocupados" com a captura e o tratamento de seus dados pessoais durante compras em *websites* e com aplicativos. [...]

A segunda atividade online que mais provocou preocupação quanto ao registro e ao tratamento de dados pessoais foi acessar páginas e

aplicativos de bancos (35% estão muito preocupados e 24% preocupados) (CGI, apud Cetic, 2022).

O estudo coletou informações interessantíssimas da população, é notável a preocupação ao fazer o uso da internet e a maior percepção de risco ao fornecimento de dados considerados sensíveis nos aplicativos e sites que navegam no dia a dia.

Contudo, utilizando o fundamento do princípio da segurança, a norma legal indica que a tomada de medidas garantidoras da proteção dos dados coletados contra acessos não autorizados, perdas, adulterações e vazamentos.

Por isso, é recomendado análise da atual situação da segurança de informação prestada à empresa, caso for necessário, que se faça investimento em uma equipe eficiente nessa modalidade.

Constatado por Chagas e Biazotto (2020, apud Paludetto e Barbieri, 2019), no mundo as empresas sofrem com o crescente aumento de ameaça à segurança e confidencialidade dos dados. Com a entrada em vigor da LGPD no Brasil e a possibilidade de sofrer sanções severas, conclui-se que as empresas têm uma grande preocupação de proteger os dados pessoais coletados.

5.3 FISCALIZAÇÃO

A fiscalização da LGPD será realizada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que segundo Lembo (2021) o regulamento feito pela ANPD terá a função de orientar, prevenir e reprimir possíveis infrações, sendo aplicada aos titulares de dados, os agentes de tratamento e às pessoas naturais ou jurídicas e os demais agentes reguladores.

Sendo assim, no processo de fiscalização é desempenhado um monitoramento no ambiente que trata os dados pessoais, utilizando do princípio da economicidade, a ANPD fará um controle que atinja o resultado pretendido com um custo menor.

Também deve estar atento ao exercício das atividades em conformidade da lei; não sendo, deve construir medidas que conduzam ao certo, ademais, sempre procurando evitar o risco e dano, podendo então agir coercitivamente nas relações que monitora para impedir situações danosas.

À vista disso, caso aconteça dano ou descumprimento da lei, as penalidades impostas são um tanto quanto pesadas.

A LGPD dispõe como sanções administrativas, a advertência; a multa de até 2% do faturamento do operador, com limite de até R\$ 50 milhões; bloqueio ou eliminação dos

dados irregulares, como também a suspensão ou proibição parcial ou total do funcionamento do banco de dados e da atividade de tratamento.

É visível a importância dada pelo governo nessa legislação, a preocupação de as empresas estarem regularizadas e agindo nos conforme da LGPD, cabe aos operadores adequarem seus negócios a norma prevista.

Diante de tais considerações acima expostas, estabelece-se o entendimento que a LGPD vem tutelar zelosamente os impactos dos dados pessoais nas relações empresariais frente aos riscos factuais na sociedade brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A privacidade é um direito defendido pela nossa Carta Magna, um dos bens mais protegidos pelo indivíduo, principalmente nos dias de hoje. Ainda mais estando relacionada a sua imagem e informações pessoais, há de querer que este esteja o mais seguro possível em todas as esferas de vinculações.

Este bem se buscou regulamentar firmemente com a criação da Lei nº 13.709/2018 denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, dentre outros objetivos, trouxe consigo normas em defesa da privacidade do indivíduo e todo o tratamento dos dados perante as empresas controladoras.

De importante valor, a escolha de discutir sobre a presente lei se deu pelo fato dela buscar proteção ao indivíduo nas diversas áreas de convívio social. Em ramos comerciais, industriais, de saúde, de educação e lazer, vínculos os quais podem sujeitar os dados à fatores danosos.

Contudo, é solene apontar a presente matéria. Diante do que foi apresentado percebe-se os impactos que a LGPD ocasionou nas empresas, principalmente do que diz respeito à segurança, à coleta de dados, ao acesso e política de dados. A normativa afeta nos controladores uma estruturação interna primorosa, que esteja com intuito de conferir ao titular dos dados pessoais a segurança adequada na utilização dos serviços.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. LEI Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm

BRASIL. **Marco Civil da Internet**. LEI nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm

CHAGAS, Gisele. BIAZOTTO, Luiz. **Os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados para as Pequenas, Médias e Grandes Empresas**. Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza, São Paulo, p. 969-978, nov. 2020.

FILHO, Demócrito Reinaldo. **Limites e requisitos da ordem judicial para quebra de sigilo de dados armazenados por provedor de serviço na internet – Desnecessidade de individualização prévia do (s) investigado (s) e do esgotamento de outros meios de prova**. Juristas, 2020. Disponível em: <https://juristas.com.br/2020/03/16/quebra-de-sigilo/>. Acesso em: 21/03/2022.

GETPRIVACY. **10 dicas práticas para adequar sua empresa à LGPD..** Disponível em: <<https://getprivacy.com.br/dicas-praticas-para-adequar-empresa-lgpd/>> Acesso em: 20/09/2022

LEI FERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD). Wikipédia, A enciclopédia livre. Última modificação em: 16 de mai. 2022. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Geral_de_Proteção_de_Dados_Pessoais > Acesso em: 22/05/2022

LGPD: especialista lista os 7 impactos para empresas e usuários. Canaltech, 2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/seguranca/lgpd-especialista-lista-os-7-impactos-para-empresas-e-usuarios-170915/>. Acesso em: 22/05/2022.

LEMBO, Guilherme. **Entenda como será feita a fiscalização da LGPS em 2022**. GrupoSelpe, 2021. Disponível em: <https://www.gruposelpe.com.br/blog/entenda-como-sera-feita-a-fiscalizacao-da-lgpd/#:~:text=Processo%20de%20fiscaliza%C3%A7%C3%A3o,-Por%20meio%20de&text=O%20monitoramento%20tem%20como%20objetivo,tomad a%20de%20decis%C3%B5es%20da%20ANPD>. Acesso em: 31/05/2022.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Aspectos Fundamentais do Marco Civil da Internet**. São Paulo: Edição do autor, 2016.

MEIRELES, Leandro. **Pequenas e médias empresas brasileiras não estão preparadas para a LGPD**. <<https://www.consumidormoderno.com.br/2020/03/23/empresas-brasileiras-nao-estao-preparadas-lgpd/>> Acesso em: 23/05/2022.

NEVES, Alexandre Santana. **A Responsabilidade Civil por Danos Morais em Redes Sociais**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/75673/a-responsabilidade-civil-por-danos-morais-em-redes-sociais>> Acesso em: 04 de outubro de 2022.

PEIXOTO, Andrea Stefani. **Lei de Proteção de Dados: entenda em 13 pontos!**

Disponível em: <<https://www.politize.com.br/lei-de-protecao-de-dados/>> Acesso em: 20/09/2022

SOFWALL. Como adequar sua empresa à LGPD. 2019. Disponível em: <

<https://www.softwall.com.br/blog/como-adequar-sua-empresa-a-lgpd/>> Acesso em: 20/09/2022

Privacidade e proteção de dados pessoais 2021: perspectivas de indivíduos, empresas e organizações públicas no Brasil. Editor: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. -- São Paulo : Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2022

Vazamentos de dados aumentaram 493% no brasil, segundo pesquisa do MIT. Você S/A, 2021. Disponível em: <https://vocesa.abril.com.br/sociedade/vazamentos-de-dados-aumentaram-493-no-brasil-segundo-pesquisa-do-mit/>. Acesso em: 22/05/2022.

ZENDESK. Segurança de dados na internet: por que se preocupar? 2021. Disponível em: <<https://www.zendesk.com.br/blog/seguranca-dados-internet/>> Acesso em: 18/09/2022.

INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA NOVA DE LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – LEI N. 14.133/2021

FABRICIO RIBEIRO ALMEIDA:

Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS em Palmas/TO. Bacharel em Administração pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Analista Financeiro Sênior do Grupo Fazenda Iowa Ltda.

PROF. ME. ANDRÉ LUÍS AMÉRICO MOREIRA²⁸

(coautor)

RESUMO: A nova Lei de Licitação e Contratos Administrativos, Lei n. 14.133, publicada em 1 de abril de 2021, estabelece um novo caminho para as contratações e aquisições na esfera Pública. Na pesquisa, busca-se demonstrar as inovações trazidas por esse novo diploma. Cabendo ainda enfatizar, que a Lei n. 14.133/2021, substituirá a Lei Geral de Licitações (Lei n. 8.666/1993), a Lei do Pregão (Lei n. 10.520/2002) e o Regime Diferenciado de Contratações (RDC – Lei n. 12.462/2011). Sendo importante consignar, o assento em seu bojo de diversas jurisprudências de Tribunais e Doutrinas. Portanto, o propósito deste diploma é reunir parte significativa da legislação atinente a Licitações e Contratos em uma norma, produzido como efeitos o aperfeiçoamento dos processos licitatórios, garantindo melhores condições de compras, contratações de bens e serviços, primando pela transparência de todos os seus atos constitutivos.

Palavras-chave: Licitações. Contratos Administrativos. Inovações.

ABSTRACT: The new Bidding and Administrative Contracts Law, Law n. 14.133, published on April 1st, 2021, establishes a new path for contracting and acquisitions in the public sphere. In the research, we seek to demonstrate the innovations brought by this new diploma of Bidding and Administrative Contracts. It is also important to emphasize that Law n. 14.133/2021 will replace the General Bidding Law (Law n. 8.666/1993), the Pregão Law (Law n. 10.520/2002) and the Special Contracting System (RDC – Law n. 12.462/2011). Being important to note, the seat in its bulge of several Court jurisprudences. Therefore the purpose of this law is to gather a significant part of the legislation regarding Public Bids and Contracts in one standard, producing as effects improvements in bidding processes,

²⁸ Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins. Professor do Curso de Direito do Campus Palmas da Universidade Estadual do Tocantins onde ministra as disciplinas Governança e Compliance, Direito Administrativo I e Direito Administrativo II. Advogado. Membro da Comissão Especial de Direito Administrativo da OAB-TO. Auditor do Instituto Federal do Tocantins.

ensuring better conditions for purchases, contracting of goods and services, striving for transparency in all its constituent acts.

Keywords: Bidding. Administrative Contracts. Innovations.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2 Processo de Licitação. 2.1 Objetivo da licitação. 2.2 Nova Lei de licitações. 2.3 Competência. 2.4 Vigência. 3 Modalidades. 3.1 Pregão. 3.2 Concorrência. 3.3 Diálogo Competitivo. 3.4 Leilão. 3.5 Concurso. 4 Agente de Licitação. 4.1 Agentes de contratação. 5 Portal Nacional de Contratações Públicas. 6 Contratos Administrativos. 6.1 Duração dos contratos. 6.2 Garantias contratuais. 6.3 Alocação de risco. 6.4 Pagamentos. 6.5 Equilíbrio econômico financeiro do contrato. 7 Conclusão. 8 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico fundamenta-se no estudo da Lei n. 14.133/2021, nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sendo oportuno demonstrar as principais mudanças trazidas quando comparada com a Lei n. 8.666/1993, então conhecida como norma geral de Licitações e Contratos Administrativos.

Neste contexto, torna-se pertinente expor que durante os mais de 20 (vinte) anos, de vigência da Lei n. 8.666/1993, diversas alterações foram feitas, novas leis foram endereçadas para tratar de assuntos específicos, tais como: Lei n. 10.520/2002 (Pregão eletrônico), Lei n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC).

No primeiro capítulo, será tratado sobre o processo de licitação para melhor compreender sua dinâmica, objetivo da licitação, abordando ainda sobre a nova Lei de Licitação, Competência e Vigência.

Para o segundo capítulo ingressaremos nas modalidades do processo licitatório, demonstrando as mudanças trazidas pela nova lei de licitação, cujo o rol de modalidades é composto de: Concorrência, Concurso, Diálogo Competitivo, Leilão e Pregão, fazendo ênfase para o Diálogo Competitivo e Pregão, salientando, os critérios de julgamento para cada modalidade.

O terceiro capítulo, tratará da figura dos Agentes de Licitação e de Contratação, inovação contida neste novo diploma, diante do interesse da Administração Pública de personificar os atos, sendo demonstrado nesta parte do trabalho importância destes operadores, suas qualificações e a necessidade de quadros permanente de servidores efetivos operando o processo de contratações e licitações.

No quarto capítulo veremos sobre Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), fica estabelecido como sítio oficial, responsável pela divulgação dos atos, promovendo de

maneira sistematizada toda interface do processo licitatório, devendo alcançar a todos os entes.

Por fim, no quinto capítulo, abordar-se-á sobre os Contratos Administrativos concernentes: duração dos contratos, garantia dos contratos, pagamentos, equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Assim sendo, o contexto em questão, propõe um estudo bibliográfico exploratório alicerçado em fundamentos e argumentos doutrinários de variados juristas nacionais acerca de Licitações e Contratos Administrativos, sobre os primas da Lei n. 14.133/2021.

2 PROCESSO DE LICITAÇÃO

A Administração Pública compete a tarefa árdua de manutenção do equilíbrio social e gestão do ecossistema público, constituído por agentes públicos, órgãos e entidades, estabelecidos pelo Estado com o propósito de acompanhamento das políticas públicas, para Educação, Saúde, Cultura e Segurança, dentre outras, que são estratégicas para o desenvolvimento nacional. Por essa razão, a gestão pública, traz consigo todo o aparato estatal responsável pelas diretrizes basilares, que devem imprimir todos os esforços para a realização de uma gestão eficiente, pautada por preceitos éticos, transparentes e revestidos de amparo legal.

Assim sendo, para a implementação de suas atividades objetivas a Administração Pública deverá utilizar de meios, que tornem possível sua operacionalização, através de compras de matérias, máquinas, equipamentos e contratações públicas de serviços terceirizados para toda sua cadeia de suprimentos.

O texto Constitucional assevera acerca das contratações públicas, no Art. 37, XXI, que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação pública, garantindo a todos condições isonômicas de participação no certame.

Fundamenta Carvalho Filho (2018, p. 305) que “a administração pública, exercer atividades variadas, notadamente, precisa aproveitar-se de bens e serviços ofertados por terceiros, insurgindo-se a obrigação de firmar contratos”.

A Administração Pública é formada pelo conjunto de suas atividades, distribuídas em órgãos e agentes públicos, que objetivam satisfazer os anseios sociais, por meio de serviços, compras, concessões e permissões. Doravante, o ente público não pode utilizar do mesmo expediente adotado pelo particular para compras e contratações. Notadamente, o grande diferencial sedimenta-se na forma de obtenção dos recursos financeiros, devendo ser observado que as despesas e investimentos públicos são custeados por meio de impostos, taxas, contribuições auferidos da sociedade.

Portanto, a Licitação Pública fundamenta-se como medida essencial para transparência, eficiência, impessoalidade para contratações públicas. Destaca-se ainda, que a referida, trata-se de um procedimento administrativo que antecede as contratações públicas, sendo operacionalizado por meio de atos ordenados, revestidos de legalidade.

Justen Filho (2014, p. 495) entende que:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Assim sendo, cumpre destacar o papel emblemático do procedimento licitatório para aquisições Públicas de Bens e Serviços, uma vez que este cinge-se como a linha mestra, devendo ser pautado pela transparência e publicidade.

2.1 Objetivo da licitação

O objetivo central do processo de contratações públicas, consiste na obtenção da proposta mais adequada para o Poder Público, permitindo que quaisquer pessoas física ou jurídica desde que enquadra-se nos requisitos tenham a possibilidade de contratar com a Administração Pública.

Marinela e Cunha (2021) afirmam que o procedimento licitatório deve observar não somente a escolha da proposta mais vantajosa, mas a que efetivamente produza o melhor resultado para Administração Pública.

Desta maneira, torna-se claro que as contratações públicas devem perseguir não somente a proposta mais vantajosa financeiramente, mas a que promova o melhor resultado de contratação.

Importante ressaltar que a Lei n. 14.133/2021, nova lei de licitações e contratos administrativos, dispõe no art. 11, as finalidades do procedimento licitatório:

[...] I. Não somente a proposta mais vantajosa, todavia, a que possibilite o resultado mais vantajosa para administração pública;

II. Assegure o tratamento isonômico entre os licitantes;

III. Evitar contratações com sobre preço, superfaturamento e manifestadamente inexequíveis;

IV. Promoção de inovações e o desenvolvimento nacional.

Notadamente, o fulcro central do processo licitatório consiste em permear o ecossistema públicos de meios para o desenvolvimento de suas atividades precípuas, por meio de aquisições de Bens e Serviços, primando por atos transparentes, onde interesse público esteja demonstrado de forma inconteste.

2.2 Nova Lei de licitações

A Lei n. 14.133, sancionada em 1 de abril de 2021, disciplinará as Licitações e Contratos Administrativos, qualificando-se como norma geral para as referidas matérias em todo o território nacional. Cabe destacar que a Lei n. 8.666/1993, que há época de sua implementação promoveu avanços significativos para Administração Pública, dotando o processo licitatório de uma sistemática bem definida, todavia, diante de mudanças sociais, culturais ocorridas ao longo deste mais de 28 (vinte e oito) anos, tornou-se premente adoção de um novo diploma.

Importante observar que os procedimentos licitatórios encontram-se previstos em diversas normas, na Lei n. 8.666/1993, norma geral de licitação até recentemente, completada pela Lei n. 10.520/2002, que versa especificamente sobre a modalidade pregão, Lei n. 12.462/2011, que trata do Regime Diferenciado de Contratações – RDC. Ainda podendo ser encontrados, na Lei n. 12.232/2010, que disciplina a contratação de serviços de publicidade, Lei n. 13.303/2016, que cuidava das empresas públicas e sociedade de economia mista.

No entanto, visando condensar em um único diploma legal as normas gerais pertinentes à Licitações e Contratos Administrativos, a Lei n. 14.133/2021 – nova lei de licitações, estabelece a revogação da Lei das Licitações – Lei n. 8.666/1993, da Lei n. 10.520/2002 – Lei do Pregão e Lei n. 12.462/2011 de forma parcial, conforme colimado no art. 193, II, da Lei n. 14.133/2021.

Neste mesmo caminho Marinela e Cunha (2021) asseveram que a consolidação das normas gerais, em um só diploma deve ser enaltecido, devendo facilitar o trabalho de todos, que lidam com este tema.

Por sua vez, a nova lei de licitações, inova ao apresenta novos institutos e por aproveitar procedimentos já conhecidos (CAMPOS, 2021).

Ressalta-se, que as inovações instituídas e o reordenamento trazido pela nova lei de licitações, tem como firme propósito, organizar todas as normas gerais em um só diploma,

facilitando para os operadores do direito, servidores e empresários, que não mais precisarão recorrer um compêndio de leis esparsas.

2.3 Competência

Conforme assento Constitucional, a competência para legislar sobre matéria, que verse sobre licitações e contratos administrativos, está contido no art. 22, XXVII, que prescreve, compete privativamente à União legislar sobre normas gerais, para todas as modalidades, para as administrações pública diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim sendo, o novo Marco Legal de Licitações, introduzido pela Lei n. 14.133/2021, destaca em seu art. 1º, que os entes contidos no art. 22, XXVII, CRFB/88 estão sujeitos as normas trazidas por este novo diploma.

Este novo diploma, preconiza que os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, da União, Estados e Municípios, quando no cumprimento de função administrativas deverão obedecer às presentes normas (art. 1º, I e II, Lei n. 14.133/2021).

Ressalta-se, que as empresas públicas, as sociedades de economia mistas e suas respectivas subsidiárias, não serão abarcadas plenamente pelos postulados desta nova lei de licitação, devendo por questões estratégicas continuarem sendo regidas pela Lei n. 13.303/2016, exceto no que concerne aos crimes contra administração pública, constantes nos art. 178, Lei n. 14.133/2021.

2.4 Vigência

Fica estabelecido, que a Lei n. 14.133, inicia a produção de seus efeitos a partir de 1 de abril de 2021, quando foi publicada, concomitante ocorre a revogação dos art. 89 a 108 da Lei n. 8.666/1993, conforme art. 193, I, desta nova lei.

Para que a Administração Pública, possa preparar seu corpo técnico, para aplicação deste novo normativo, coexistirá com as demais Lei n. 8.666/1993, Lei n. 10.520/2002 e Lei n. 12.462/2011, pelo período de 2 (dois) anos (CARVALHO, 2021).

Neste decurso de tempo, a administração poderá optar pela adoção do regime que lhe seja mais conivente, o novo trazido, pela Lei n. 14.133/2021 ou os anteriores (MARINELA; CUNHA, 2021).

Assim sendo, não será possível combinar o normativo novo com o antigo no mesmo processo licitatório, devendo constar expressamente no edital, a qual ordenamento jurídico este se sujeitará.

3 MODALIDADES

Para o ordenamento jurídico, as modalidades de licitação constituem os procedimentos que devem ser seguidos no curso do processo licitatório. O novo Marco Legal das Licitações, altera a forma de escolha da modalidade licitatórias, deixando de observar o valor do contrato, passando a defini-las pela natureza do objeto (CARVALHO, 2021).

Importante registrar, que as modalidades de convite, tomada de preço, previstas no art. 22, da Lei n. 8.666/1993, deixam de existir. Assim sendo, no art. 28, da Lei n. 14.133/2021, estabelece as seguintes modalidades: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo.

3.1 Pregão

Inicialmente, a modalidade foi concebida para o atendimento das demandas das agências reguladoras, por meio das Lei n. 9.472/1997, Lei n. 9.478/1997, que instituíram as respectivas: Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e Agência Nacional do Petróleo (ANP).

Desta forma, somente com o advento da Lei n. 10.520/2002, ocorre a extensão de uso do Pregão para toda Administração Pública, em todos os níveis.

Diante da edição da Lei n. 14.133/2021, o pregão mante-se como modalidade geral, deixando de observar qualquer restrição no tocante a valores financeiros.

Para Carvalho (2021), o pregão tornou possível desburocratizar processos, adicionando maior competitividade, reduzindo custos de contratações na esfera Pública.

Assim sendo, a nova lei de licitações, no art. 6º, XLI, fundamenta que, o pregão é obrigatório para as aquisições de bens e serviços comuns. Os bens e serviços comuns, podem ser identificados pelos padrões de desempenho, qualidade, por especificações comuns de mercado, que possam ser objetivamente definidas por edital (Art. 6º, XIII, da Lei n. 14.133/2021).

Cabe salientar, que o novo diploma de licitações, mantém o pregoeiro como o responsável pela realização do pregão, devendo este, fazer parte do quadro permanente de servidores (art. 8º, § 5).

Por fim, a Lei n. 14.133/2021, estabelece para o pregão, que estará sujeito ao rito do procedimento comum (art. 29), trazidos pelo art. 17, deste mesmo diploma.

O critério de julgamento para essa modalidade: **Menor preço ou maior desconto.**

3.2 Concorrência

Por sua vez, a modalidade de concorrência encontra-se assentada, no art. 6º, XXXVIII, do novo diploma de licitações, empregada para contratação de bens e serviços especiais, obras e serviços comuns e especiais de engenharia.

Assim sendo, na Lei n. 8.666/1993, a modalidade de concorrência endereça as demandas de compras e obras de maior vulto financeiro (art. 23, caput). Nesta mesma linha, depreende-se que as hipóteses de utilização de concorrência, fora do espectro financeiro, para compra e alienação de bens imóveis, concessão de direito de uso real, licitações internacionais (art.23, 3º), e para concessões de serviços públicos (art. 2º, II, da Lei n. 8.987/1995).

Os serviços e bens especiais, são caracterizados por sua alta heterogeneidade e/ou complexidade, não podem ser facilmente descritos em edital, cabendo justificativa prévia por parte do contratado (art. 6º, XIV, da Lei n. 14.133/2021).

Ademais, diante da natureza do objeto, a concorrência torna-se preponderante para os Contratos de concessão de serviços públicos (art.2º, II, da Lei n. 8.987/1995) e para Parcerias Público-privadas (art.10, da Lei n. 11.079/2004), podendo ainda a Administração Pública adotar pelo diálogo competitivo.

Enfim, a Lei n. 14.133/2021, estabelece para o pregão e concorrência, sujeitar-se ao rito de procedimento comum (art. 29), trazidos pelo art. 17, deste mesmo diploma.

Os critérios de julgamento para essa modalidade: **menor preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior retorno econômico e maior desconto.**

3.3 Diálogo Competitivo

Trata-se de modalidade de licitação criada pela Lei n. 14.133/2021, devendo ser utilizada para a contratação de obras, serviços e compras, onde a Administração Pública promove o chamamento de licitantes previamente selecionados, por critérios objetivos, para o desenvolvimento de soluções (art. 6º, XLII).

Cabe ressaltar, que o diálogo competitivo foi criado pela União Europeia, baseado na Diretiva 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, em 26 de fevereiro de 2014, sendo testado em diversos países de maneira exitosa (CARVALHO, 2021).

Para Campos (2021) o Diálogo Competitivo deve ocorrer em situações complexas, em que a Administração precisa dialogar com agentes privados para identificar as melhores soluções para suas demandas.

O emprego do Diálogo Competitivo se dará somente em determinadas condições, para contratação de inovação tecnológica ou técnica, que não existam no mercado ou que precisem ser adaptadas, ainda pela impossibilidade da administração em definir as especificações técnica (art. 32 da Lei n. 14.133/2021).

Assim sendo, a Administração promoverá rodadas de discussões com os licitantes, até firmar o entendimento sobre a proposta, que reúna as soluções esperadas. Tendo fim essa etapa, deverá ser apresentada a solução eleita, que baseada em critérios técnicos, econômicos, será divulgado um novo edital, para a competição dos licitantes.

Os critérios de julgamento para essa modalidade: **dependerá do tipo de solução apresentada.**

3.4 Leilão

O leilão apresenta-se na Lei n. 14.133/2021, como modalidade de licitação destinada para alienação de bens imóveis ou móveis inservíveis ou legalmente apreendidos (art. 6º, XL). Frisa-se, neste novo diploma de licitações, que a alienação de imóveis será feita somente por meio de leilão.

Desta forma, a Administração poderá nomear servidor de carreira para a condução do leilão ou optar por leiloeiro oficial, devendo ainda, observar os procedimentos operacionais (art. 31 da Lei n. 14.133/2021). Assim sendo, caso a Administração defina como necessária a contratação de leiloeiro oficial, este deverá ser selecionado por credenciamento ou pregão, adotando o critério de julgamento de maior desconto, sobre as comissões a serem percebidas no curso deste evento (art. 31, § 1º da Lei n. 14.133/2021).

Para ampla publicidade dos atos constitutivos, o leilão será precedido de edital, publicado em sítio eletrônico oficial, onde constará a descrição do bem, o valor de avaliação, o preço mínimo para alienação e datas. A nova lei de licitações, trouxe consigo a preferência por procedimentos feitos por meios eletrônicos, todavia, havendo situações onde estes não possam seguir esse ditame, será previsto em edital, local, data e hora da realização (art. 31, § 2º, Lei n. 14.133/2021).

Por fim, de acordo com art. 31, § 4º da Lei n. 14.133/2021, o leilão não exigirá qualquer forma de cadastramento prévio, tampouco haverá a fase de habilitação, devendo ser concluído por meio de homologação, assim que findar a fase de lances, de recursos, ocorrendo o efetivo pagamento.

O critério de julgamento para essa modalidade: **maior lance.**

3.5 Concurso

Trata-se da modalidade empregada para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, que destina prêmio ou remuneração para o vencedor (art. 6º, XXXIX, da Lei n. 14.133/2021).

Para essa modalidade, o edital deverá estabelecer o regramento para a qualificação mínima, diretrizes e forma de apresentação do trabalho, e, como será operacionalizado o prêmio ou remuneração para o vencedor (art. 30 da Lei n. 14.133/2021).

Assenta-se, no art. 93 desta lei, que no concurso destinado a elaboração de projeto, fica estabelecido que o vencedor cederá à Administração todos os direitos patrimoniais, permitindo a execução conforme conveniência da Administração Pública.

O critério de julgamento para essa modalidade: **melhor técnica ou conteúdo artístico**.

4 AGENTE DE LICITAÇÃO

A nova Lei de Licitações e Contratações, estabelece que os gestores públicos ocupantes de cargos de chefia, deverão organizar-se de maneira a promover a indicação de agentes públicos, capazes e qualificados para ocupar funções pertinentes aos processos licitatórios (art. 7º da Lei n. 14.133/2021).

Cabendo ainda em observância ao art. 7º, consagrar os seguintes requisitos:

I – sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes;

II – devem ter atribuições relacionadas a licitações, contratos, formação compatível, que poderá ser atestada por escola de gestão de governo; e

III – não podendo ser cônjuge, companheiro de licitantes, contratados habituais da Administração Pública.

Assim sendo, a autoridade designada no caput deste artigo, deverá ser vigilante acerca do princípio da segregação de funções, não permitindo que um mesmo agente público possa participar de forma simultânea em diversas funções, alijando a possibilidade de ocultação de erros, §1º, art. 7º, Lei n. 14.133/2021.

Ainda nesta senda, o agente que participa de uma etapa não poderá atuar em outra frente, fomentando o controle, impedindo que os respectivos ocupem atribuições para as quais não possuam expertise (MARINELA; CUNHA, 2021).

Notadamente, a segregação de funções dentro dos processos de Contratações Públicas, não é novidade, vide há distinção feita entre os membros da comissão de licitação e os fiscais do contrato, conforme art. 9º, Lei n. 8.666/1993.

4.1 Agentes de contratação

Fica convencionado por via deste novo diploma de licitações, que o agente de contratações, conforme preceitua o art. 8, será a pessoa que receberá investidura para conduzir, impulsionar o procedimento licitatório, será oriundo do quadro de servidores efetivos e/ou empregados públicos.

Assim sendo, o agente de contratação contará auxiliares, que o ajudarão no desempenho de suas funções, respondendo pessoalmente pelos atos que praticar, devendo ser ressalvado quando este for levado ao erro, de acordo § 1º, 8 NLC.

Por sua vez, no art. 8º, § 2º NLCP, em licitações, que envolva bens e/ou serviços especiais, desde respeitados postulados no art. 7º da Lei n. 14.133/2021, o agente de contratação poderá ser substituído por comissão de contratação, 3 membros no mínimo, que assim como agente, responderão pelos atos que praticarem.

Moraes (2021) partilha do entendimento que a substituição do agente de contratação pela comissão de contratação, para os bens e serviços especiais, é facultativa. Sendo tal troca imperecível para diálogo competitivo.

5 PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), fica instituído como sítio oficial destinado a divulgação obrigatória de atos estabelecidos em lei, podendo ainda, promover contratações para os diversos entes do Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em âmbito nacional (art. 174 da Lei n. 14.133/2021).

Para Carvalho (2021), o portal será a ferramenta responsável por tornar público os procedimentos licitatórios, carregando ainda, como funcionalidade a utilização de seu ecossistema para a realização de contratações.

Assim sendo, o Portal será gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, cujo o Presidente será indicado pelo chefe do Poder Executivo Federal, os demais membros serão indicados, 3 (três) indicados pela União, 2 (dois) representantes indicados pelo Estados e Distrito Federal, e 2 (dois) representantes dos Municípios indicados pela Confederação Nacional de Municípios (art. 174, § 1º, Lei n. 14.133/2021).

Ressalta-se, nos termos do § 2º, art. 174 Lei n. 14.133/2021, deste novo diploma de licitações, que terão informações contidas, neste sitio, entre outras:

I - Plano anual de contratações;

II - catálogos eletrônicos de padronização;

III - editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos;

IV - atas de registro de preço;

V - contratos e termos aditivos;

VI - e notas fiscais eletrônicas, quando forem necessárias.

Outrossim, é relevante informar que os entes federativos poderão instituir sítio eletrônicos próprios, com vista a divulgação complementar e promoção de suas contratações, desde que haja integração com o PNCP (art.175 da Lei n. 14.133/2021).

Notadamente, para o atendimento dos pressupostos trazidos pela Lei n. 12.527/2011, que versa sobre acesso às informações públicas, o PNCP adotará formato de dados abertos (CAMPOS, 2021).

A Lei n. 14.133/2021, no art. 176, estabelece para os Municípios com população menor que 20.000 (vinte mil) habitantes, o período de 6 (seis) anos, contado a partir da publicação deste diploma, para o efetivo cumprimento:

I – dos requisitos estabelecidos no art. 7º e no caput do art. 8º desta Lei;

II – da obrigação de realização de licitação sob a forma eletrônica a que se refere o § 2º do art. 17 desta Lei;

III – das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial.

Doravante, neste interregno, os Municípios agraciados, deverão promover a divulgação dos seus atos em diário oficial, admitindo-se a publicação de extratos, disponibilidade física de documentos na sede órgão (art. 176, p. único).

De fato, a implementação de um Portal de compras em âmbito Nacional, visa proporcionar ganhos de eficiência concernente ao processo de compras, publicização dos atos e redução de custos. Ainda nesta senda Carvalho (2021) assevera que a interface

tecnológica trazida pelo PNCP, diferentemente do que ocorre no comprasnet, não será restritivo, cabendo a participação de todos os entes federativos.

6 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os contratos administrativos estão contidos no bojo da Lei n. 14.133/2021, estando contidos no Capítulo I do Título III, entre os artigos 88 a 95, estabelecida a semelhança com os preceitos já contidos na Lei n. 8.666/1993.

Portanto a Lei n.14.133/2021, apresenta como característica a absorção de posicionamentos já contidos na jurisprudência de Tribunais, de maneira especial, os trazidos pelo Tribunal de Contas União (ASSIS *apud* NIEBUHR, 2021).

Sendo imperativo para o Contrato Administrativo, o vínculo entre os sujeitos, que relacionam-se, havendo obrigações mútuas de contraprestações, estão sujeitos ao regime jurídico público (MARINELA; CUNHA, 2021).

6.1 Duração dos contratos

Nesse contexto, a Lei n. 14.133/2021, apresenta significativas mudanças, haja vista, que na Lei n. 8.666/1993, pontuava como fundamental o estabelecimento de prazo para vigência dos contratos, sendo vedada a duração por prazo indeterminado (art. 57, § 3º).

Assim sendo, no art. 109 da nova Lei de licitações, a Administração poderá firmar por meio de prazo indeterminado, quando da contratação de serviços públicos, essencialmente ofertados por monopólio.

Ainda neste mister, consigna-se a possibilidade de contratos com prazo indeterminados, doravante, deverá ser respeitada a dotação orçamentária vinculada à respectiva contratação (QUINT *apud* NIEBUHR, 2021).

Para os contratos de serviços e fornecimentos contínuos, o novo diploma de licitações, admite que ente público, contrate com vigência de 5 (cinco) anos, não sendo mais necessária a vinculação ao exercício corrente do orçamento.

Entretanto, a autoridade competente deverá demonstrar, de formal cabal, a vantagem econômica de tal medida, em razão da contratação plurianual, nos termos do artigo 106, I, Lei n. 14.133/2021.

6.2 Garantias contratuais

A Administração Pública poderá, a seu critério, exigir garantias por parte do contratado, devendo esta condicionante, encontrar-se no edital de licitação, de acordo

artigo 96, Lei n. 14.133/2021. Importante consignar, que a referida garantia objetiva o cumprimento do contrato administrativo (CAMPOS, 2021).

Assim sendo, a garantia será exigida antes de firmar contrato, contando 1 (um) mês, partindo da homologação e anterior assinatura do contrato, nos termos do artigo 93, § 3º, Lei n. 14.133/2021.

Por fim, a garantia será prestada antes da celebração do contrato, sendo renovada consecutivamente conforme o contrato lhe impunha. Em havendo suspensão do contrato por causa administrativa, o contratado ficará desobrigado de renovar a garantia (§ 2º, art. 96, Lei n. 14.133/2021).

6.3 Alocação de risco

Em observância ao princípio da eficiência, a nova lei de licitações, assevera de forma expressa, que Administração Pública deverá implementar um planejamento para suas contratações, de modo que ocorra predisposição de alocação de risco, temática não contida na Lei n. 8.666/1993. Sendo introduzida na esfera do Direito Administrativo pelo advento da Lei n. 12.462/2011 (RDC), e, por conseguinte, aglutinada na Lei n. 13.303/2015 (Estatuto das Empresas Estatais).

Campos (2021), que diante da análise dos artigos 6º, XXVII e 22, afirma que a previsão contratual de alocação de risco, será uma cláusula definidora de responsabilidades financeiras, supervenientes à contratação.

Notadamente alocação de riscos, nos termos do § 3º, art. 103 da Lei n. 14.133/2021, os riscos contratuais serão quantificados diante de seus possíveis impactos financeiros. Por sua vez, os riscos, que por ventura sejam cobertos por seguros serão preferencialmente direcionados para os contratados (§ 2º, art. 103, Lei n. 14.133/2021).

6.4 Pagamentos

A Administração Pública deverá obedecer a ordem cronológico para a realização dos pagamentos de seus prestadores e fornecedores, devendo ser observado a fonte de provisão de recursos.

Doravante, conforme assenta-se no artigo 141 da Lei n. 14.133/2021, o dever de pagamento pela Administração Pública, será fundado pela ordem cronológica, diante da fonte de recursos, subdivido nas seguintes categorias:

I – fornecimento de bens;

II – locações;

III – prestadores de serviços; e

IV – realização de obras.

Assim sendo, poderá esta ordem cronológica ser modificada pela autoridade competente, através de manifestada justificação para os órgãos de controle internos e externos, diante de situação excepcionais (art. 141, § 1º).

Em respeito a ordem cronológica de pagamentos, o ente Público, mensalmente, deverá informar em sítio eletrônico oficial, a ordem de pagamento, qualquer alteração deverá ser fundamentada nos art. 141, § 3º da Lei n. 14.133/2021.

6.5 Equilíbrio econômico financeiro do contrato

O equilíbrio econômico financeiro do contrato, tangencia todos os aspectos inerentes à forma econômico-financeira, o valor contratual, prazo de execução e condições de pagamentos, doravante, alteração das condições pactuadas no ato da contratação.

Carvalho (2021) assevera que, a manutenção do equilíbrio decorre da revisão de preços, prazos estabelecidos originariamente na contratação, objetivando garantir a boa execução do contrato pelo particular.

Portanto, as condições contratuais podem ser alteradas, no tocante a valores, por meio de 2 (duas) condicionantes: reajustamento e repactuação.

Assim, o reajustamento, nos termos artigo 6º, LVII, Lei n. 14.133/2021, constitui a forma para ajuste dos valores contratuais, diante do aumento dos custos produtivos, por meio de índices de correções, previamente estabelecidos.

Por sua vez, a repactuação busca promover o equilíbrio econômico-financeiro, para os serviços contínuos, onde ocorra dedicação exclusiva de mão-de-obra, predominância desta, (art. 6º, LIX, Lei n. 14.133/2021). Ainda nesta senda, o artigo 135, deste mesmo diploma, assevera que repactuação só ocorrerá caso seja demonstrado de forma analítica a variação dos custos.

7 CONCLUSÃO

Neste Artigo Científico, abordou-se, sobre os principais pontos trazidos pela Lei n. 14.133/2021, antes postulados pela Lei n. 8.666/1993, fundamentados acerca de sua competência, vigência, como ocorrerá revogação das Lei n. 10.520/2002 (Pregão eletrônico), Lei n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC), que serão partes integrantes deste novo diploma de licitações e contratos administrativos.

Entende-se, que a nova Lei de Licitações, buscou condensar em uma única norma basilar todo o compêndio relativo à licitações e contratos administrativos, devendo ser ressaltado o ímpeto desta, em prima, pela simplificação, modernização de procedimentos, criação de novas modalidades e disposição de critérios de julgamentos.

Cabendo ainda ressaltar o quão modificador será o Portal Nacional de Contratações Públicas, para comunidade de forma geral, diante da reunião de toda a cadeia do processo licitatório onde será possível acompanhar do edital ao pagamento, simplificando, promovendo a publicidade tão almejada pela sociedade.

Encerrando, cumpri-nos comemorar a implementação desta nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos; doravante, havendo alguns ruídos dissonantes no meio doutrinários, deve-se reconhecer os notáveis avanços contidos nesta nova norma de licitações.

8 REFERÊNCIAS

ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg. Alteração dos contratos administrativos. In: NIEBUHR, Joel de Menezes; LUZIA, Cauê Vecchia; REGÔ, Eduardo de Carvalho; SCHAMM, Fernanda Santos; QUINT, Gustavo Ramos da Silva; MEDEIROS, Isaac Kofi; OLIVEIRA, Murillo Preve Cardoso; FERREIRA, Otávio Sendtko; NIEBUHR, Pedro de Menezes; FERRAZ, Renan Fontana; LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari; JUNIOR, Salomão Antonio Ribas. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. Disponível em: <https://www.zenite.com.br/livros/nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos/>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016.** Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1 de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.478, de 06 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

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

CAMPOS, Flávia. **Comentários à nova lei de licitações e contratos administrativos.** Indaiatuba, SP: FOCO, 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo.** 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPODIVM, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

MARINELA, Fernanda; CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: JusPodivm, 2021.

MORAES, Alexandre Nunes de. **Nova Lei de Licitações Comparada artigo por artigo**. Leme/SP: Imperium, 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes; LUZIA, Cauê Vecchia; REGÔ, Eduardo de Carvalho; SCHAMM, Fernanda Santos; QUINT, Gustavo Ramos da Silva; MEDEIROS, Isaac Kofi; ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg; OLIVEIRA, Murillo Preve Cardoso; FERREIRA, Otávio Sendtko; NIEBUHR, Pedro de Menezes; FERRAZ, Renan Fontana; LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari; JUNIOR, Salomão Antonio Ribas. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. Disponível em: <https://www.zenite.com.br/livros/nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos/>. Acesso em: 20 maio 2022.

QUINT, Gustavo Ramos da Silva. Regime de execução. In: NIEBUHR, Joel de Menezes; LUZIA, Cauê Vecchia; REGÔ, Eduardo de Carvalho; SCHAMM, Fernanda Santos; MEDEIROS, Isaac Kofi; ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg; OLIVEIRA, Murillo Preve Cardoso; FERREIRA, Otávio Sendtko; NIEBUHR, Pedro de Menezes; FERRAZ, Renan Fontana; LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari; JUNIOR, Salomão Antonio Ribas. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. Disponível em: <https://www.zenite.com.br/livros/nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos/>. Acesso em: 20 maio 2022.

OS REFLEXOS DA PANDEMIA NO CENÁRIO TRABALHISTA BRASILEIRO: A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELO AMBIENTE LABORAL EM MEIO AO COVID-19

LARISSA MARTINS DE SOUZA:
acadêmica de Bacharelado em
Direito, Universidade de Gurupi –
UNIRG.

FERNANDO QUEIROZ POLETTO²⁹

(orientador)

Resumo: A pandemia do COVID-19 mudou drasticamente o cenário trabalhista brasileiro e isso destacou algumas das medidas que o legislador tomou para minimizar o impacto da pandemia nas práticas trabalhistas. O objetivo deste artigo é analisar as respostas relacionadas à pandemia do COVID 19 no cenário trabalhista brasileiro. Métodos: Estudo bibliográfico baseado em artigos entre 2015 e 2022 mostrando como as leis trabalhistas mudaram ou se adaptaram ao contexto social causado pelo COVID 19. Conclusão: A partir dos resultados obtidos neste estudo, pode-se perceber que o trabalho remoto surge como uma forma flexível de trabalho, que melhora a qualidade de vida dos usuários e possibilita que as empresas se tornem uma relação de trabalho diante de um mercado globalizado, resultando em um cenário com alternativas muito prósperas de ambos os lados.

Palavras-chave: Covid-19; meio ambiente do trabalho; Direito do Trabalho.

Abstract: The COVID-19 pandemic has dramatically changed that and highlighted some of the steps the legislature has taken to minimize the impact of the pandemic on labor practices. The purpose of this article is to analyze the responses related to the COVID 19 pandemic in the Brazilian labor scenario. Methods: Bibliographic study based on articles between 2015 and 2022 showing how labor laws have changed or adapted to the social context caused by COVID 19. Conclusion: From the results obtained in this study, it can be seen that remote work emerges as a way flexible work that improves the quality of life of users and allows companies to become a working relationship in the face of a globalized market, resulting in a scenario with very prosperous alternatives on both sides.

Keywords: Covid-19; work environment; Labor Law.

²⁹ Bacharel em Direito. UNIRG

Sumário: Introdução; 1. Principais Impactos Econômicos da Covid-19; 1.1 Regulamentação Trabalhista no Brasil do Meio Ambiente de Trabalho; 1.2 Responsabilidade do Empregador pela Saúde e Segurança do Trabalhador; Conclusão; Referências.

Introdução

Em vários países ao redor do mundo, o vírus se espalhou e muitos governos tomaram medidas para diminuir o impacto econômico na população, observando que muitas pessoas perderam seus empregos devido à pandemia de COVID-19 (OMS, 2020).

O maior problema é que devido à pandemia, não houve planejamento e todas as medidas tomadas eram urgentes. Muitos trabalhadores foram demitidos e outros tiveram que adotar um novo sistema de trabalho, como home office, ou teletrabalho. O artigo 75-C da CLT estabelece que as atividades realizadas na modalidade de teletrabalho precisam constar expressamente no contrato individual de trabalho. É certo que são permitidas alterações contratuais em caso de força maior, mas não havia situação de pandemia prevista na Consolidação das Leis de Trabalho (CLT). Entretanto, desde 2017 já existem normas que preveem o trabalho em casa, tais normas auxiliaram no processo de continuidade das atividades laborais em meio a pandemia.

Segundo estimativas da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2020), a crise desencadeada pela Covid-19 pode aumentar o desemprego em quase 25 milhões e custar aos trabalhadores US\$ 3 trilhões em perda de renda.

O objetivo geral deste trabalho é abordar acerca da responsabilidade do empregador pelo meio ambiente de trabalho durante a pandemia do COVID-19 no Brasil. Quanto aos objetivos secundários, são eles: demonstrar o impacto no dia-a-dia do trabalho, destacar as normas estabelecidas para proporcionar segurança aos trabalhadores em momentos delicados, descrever as mudanças do dia-a-dia no trabalho devido ao COVID-19.

No processo de desenvolvimento do trabalho foi realizada uma pesquisa bibliográfica, apresentando a visão de autores renomados junto a área trabalhista e jurídica, assim como consolidar os principais conceitos, como as análises dos procedimentos jurídicos realizados pelo Estado para conceder aos trabalhadores uma certa estabilidade diante de um momento bem atípico.

1. Principais Impactos Econômicos da Covid -19

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou em março de 2020 uma crise pandêmica devido à disseminação do COVID-19 ou coronavírus, a partir de 2020 para

desafiar líderes governamentais em todo o mundo (OMS, 2020). O vírus foi detectado pela primeira vez entre trabalhadores de um mercado de alimentos em Wuhan, capital da província chinesa de Hubei. Ele se espalha rapidamente, provocando diversas respostas no organismo humano (FREITAS et al., 2020), e de forma acelerada para outros continentes do planeta.

Mazzucchelli *et al.* (2020), observaram que as taxas de contaminação e mortalidade por Covid-19 variam amplamente na Europa continental, com países como Grécia, Bielorrússia ou Ucrânia atingindo uma taxa de mortalidade de 5 por 100.000 habitantes e em outros países. Bélgica, países como: Espanha e Reino Unido têm uma média de 50 casos por 100.000 habitantes. No Brasil, a pandemia teve "início" em fevereiro de 2020, o país do tamanho de um continente com realidades socioeconômicas diferentes em cada região, estimou-se que até maio de 2021 haveriam 1.900 mortes por milhão de habitantes, à frente dos Estados Unidos, México e Rússia e mais 10 mortes acima de 100 milhões de habitantes (WHO, 2020).

Quando surgiram os primeiros casos no Brasil e em outros países afetados, o primeiro passo das autoridades de saúde pública foram investigar a história recente da população contaminada. No entanto, com o crescimento geométrico das infecções, o rastreamento completo tornou-se impossível devido à incapacidade dos recursos humanos (ROCHA et al., 2020).

Assim, as medidas econômicas e sociais tomadas pelo governo brasileiro para conter o impacto devastador do surto parecem ser bem diferentes. Assim, nesses países, diferentes estratégias visaram adotar um conjunto de regras que protejam as empresas e o emprego, complementadas por direitos trabalhistas flexíveis, mecanismos e substituição de renda, isenção de contribuições corporativas, etc. Essas medidas correspondem a tentativas de construção de um escudo social para proteger a crise coletiva causada pela pandemia do COVID-19 (MORARU, 2021).

No Brasil, o Decreto nº 188/2020 foi publicado no Diário Oficial da União (DOU) em 4 de fevereiro de 2020, em que o Ministério da Saúde reconheceu a emergência de saúde pública de importância nacional causada pela infecção humana do novo coronavírus (2019), tendo como objetivo organizar o Centro de Operações de Emergência em Saúde Pública (COE-nCoV) para planejar, organizar, coordenar e controlar as ações das autoridades sanitárias federais em resposta à pandemia (Brasil, 2020), e o Ministério da Saúde declarou emergência de saúde pública de importância internacional nos termos da Lei nº 13.979 de 2020. Além disso, foram impostos *lockdowns*, regulamentação do horário de funcionamento do comércio e o isolamento social pelos governos estaduais e municipais.

Nesse caso, quando as medidas de quarentena foram decretadas, os empregadores começaram a pressionar por soluções do poder público para poderem tomar as providências necessárias nos contratos de trabalho dessas empresas. O impacto da pandemia nos negócios brasileiros se reflete diretamente na economia. Segundo o SEBRAE, o número de pequenas empresas no Brasil equivale a 37%, o que corresponde a 6,4 milhões de empresas. Nesse sentido, as micro e pequenas empresas empregam formalmente 52% dos trabalhadores. Em 2019, foram mais de 8 milhões de pequenos e micro empreendedores, um aumento de 120% em cinco anos (NAHAS; MARTINEZ, 2020).

O desemprego no Brasil aumentou acentuadamente com o surto. Em fevereiro de 2020, mês anterior à declaração do status de pandemia, a taxa de desemprego do país atingiu 11,6%. Em novembro daquele ano, o índice subiu para 14,6%, implicando um aumento de 1,3% em relação aos três trimestres anteriores e um aumento de 2,8% em relação ao mesmo período de 2019 (GUSMÃO, 2021).

Relativamente às relações laborais e fiscais, de forma a salvaguardar a empresa, a Medida Provisória n.º 1.046/2021 antecipou os feriados. Na sequência, foram suspensas diversas exigências administrativas relativas à segurança e saúde no trabalho, no Banco de horas, no pedido de suspensão do pagamento do FGTS pelos empregadores, com referência de início entre março, abril e maio de 2020, entre outras. A contaminação pela COVID-19 não é considerada doença ocupacional. A MP 928/2020 rescindiu a MP 927 sobre suspensão de qualificação profissional para contratos de trabalho (BRASIL, 2020).

1.1 Regulamentação Trabalhista no Brasil do Meio Ambiente de Trabalho

O ambiente de trabalho é especialmente protegido pela Constituição Federal. Essa proteção baseia-se na proteção do direito à vida, pois o trabalhador passa a maior parte de seu dia e, portanto, de sua vida no ambiente de trabalho.

Historicamente, a proteção das condições humanas de trabalho ocorreu em decorrência da luta social. As mudanças políticas na Europa levaram à constitucionalização dos direitos sociais com o surgimento do estado de direito social que minou os Estados livres, como a Revolução Bolchevique em 1917, a ascensão do fascismo na Itália em 1922, as eleições nazistas em 1933, além de duas guerras mundiais vitória na Alemanha em 2016 (FARIAS, 2016).

O constitucionalismo social foi iniciado pela Constituição Mexicana de Querétaro em 1917 e pela Constituição Alemã de Weimar de 1919. A primeira é mais analítica que a segunda e afeta a maioria das constituições sociais. Quanto ao Brasil, sete constituições vigentes ao longo da história revelam os fluxos e refluxos da proteção dos direitos

trabalhistas, sendo a constituição de 1988 a que mais congrega proteção social (FRANCO FILHO, 2019).

Nieto (2016) destaca que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem, desde sua criação, a melhoria das condições dos trabalhadores como seu principal objetivo e o direito à saúde e segurança no trabalho como seu principal compromisso. Para isso, ao longo dos anos, desenvolveu normas internacionais para a proteção dos direitos trabalhistas, com o objetivo inabalável de melhorar o direito à saúde e segurança no trabalho. Assim, das quase 200 convenções internacionais ratificadas pela OIT, 40 estão relacionadas a esse tema. Além disso, desenvolveu o SafeWork, um programa de segurança e saúde no trabalho e meio ambiente, para aumentar a conscientização global sobre a gravidade e as consequências dos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

No Brasil, o meio ambiente de trabalho é protegido constitucionalmente devido à conjugação dos artigos 7º, inciso XXII; 170 e 225 ambos da Constituição Federal, sendo portanto, considerado um direito fundamental que busca resguardar a vida do trabalhador. Na perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana, esse direito visa proteger a vida e a saúde do trabalhador (Brasil, 1988). Nesse sentido, o meio ambiente de trabalho é considerado um direito fundamental, um direito inalienável.

Por sua vez, o artigo 196 da Constituição Federal afirma que a saúde é um direito de todos, e que o Estado deve garantir, por meio de políticas sociais e econômicas que o risco de adoecimento físico e mental seja reduzido. Além disso, garante o acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação. Por outro lado, o princípio da dignidade da pessoa humana determina que a pessoa está acima do Estado e, no campo do direito do trabalho, significa que o trabalhador está acima da empresa (CALVO, 2016).

Delgado (2017), ressalva que no caso dos trabalhadores externos que não são controlados pelo seu horário de trabalho, exercem assim as suas atividades fora das instalações do empregador, o que é ditado pelo artigo 62 da CLT (caso), existem outras três situações semelhantes: 1) trabalho tradicional em casa, como alfaiate, confeitador, etc.; 2) novo trabalho em casa chamado home office, utilizando computadores; 3) teletrabalho, juntamente com os escritórios domésticos, podem ocorrer virtualmente em qualquer lugar (*home office*) usando equipamentos eletrônicos computadorizados.

1.2 Responsabilidade do Empregador pela Saúde e Segurança do Trabalhador

Em meio as circunstâncias de crise, um problema que gera preocupação ao empregado e empregador, é a manutenção das relações de emprego, uma vez que trata-se de uma questão muito importante, pois diz respeito à manutenção e sobrevivência dos colaboradores e seus dependentes. Além de aderir às regras de proteção à saúde e

segurança do trabalhador já existentes em cada país, a pandemia do COVID-19 criou novas demandas, pois todos os países enfrentam realidades especiais. No Brasil, dado o caráter pandêmico da doença, não costuma caracterizar doença ocupacional. Isso porque conforme o artigo 20 da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991 afirma que as doenças endêmicas não são consideradas doenças ocupacionais (BRASIL, 1991).

Nesse raciocínio, se não se pode configurar epidemias endêmicas, ou seja, contaminação regional, mas é configurada como uma pandemia global. Ainda neste caso, o Regulamento nº 1.0454 do Ministério da Saúde reconhece a transmissão comunitária do vírus (BRASIL, 2020).

Para regular essa situação, entrou em vigor a medida provisória 927/2020 (Brasil, 2020). No entanto, Gusmão (2021) argumenta que as regras acima contrariam a grave crise sanitária que assola o mundo. Isso porque, na realidade de exigir medidas mais rígidas de segurança e saúde do trabalho, o poder executivo brasileiro adotou regras de flexibilização que afetaram diretamente a proteção ambiental do trabalho. Por exemplo, além da demissão, a suspensão de exames ocupacionais, clínicos e médicos complementares; a suspensão da obrigação de realizar treinamentos regulares e irregulares de funcionários existentes de acordo com as normas regulamentadoras de segurança e saúde no trabalho.

Apesar desta situação, alguns trabalhadores ainda foram obrigados a realizar trabalhos presenciais, como profissionais de saúde, matadouros, serviços funerários e cemitérios, empresas de televisão e rádio, indústria petrolífera, bancos, serviços remotos, recolha de lixo, correios e entregas, serviços de carga, segurança, alimentação, atividades de enfermagem e domicílio, setores de abastecimento de água e energia. Nesse contexto, também existem as rotas, principalmente o transporte público, que são elos importantes na cadeia de transmissão do vírus (MAENO, 2021).

Para os profissionais de saúde, sempre houve o risco de contaminação. Além disso, para esses trabalhadores, a pandemia de COVID-19 foi apenas uma exacerbação dessas condições. No entanto, trabalhadores de outras áreas com menor probabilidade de disseminar a doença enfrentaram uma nova realidade, o enorme risco de adoecimento (SILVA, 2020).

Não obstante, o artigo 29 da Medida Provisória nº 927/2020 (Brasil, 2020) torna necessária a comprovação do nexos de causalidade da responsabilidade civil do empregador pela doença do empregado por COVID-19.

Uma Ação Direta de Inconstitucionalidade foi imediatamente iniciada pelo Partido Democrático Trabalhista (ADI 6342) e pelos seguintes órgãos: Rede Sustentabilidade (ADI 6344), Sindicato Nacional dos Metalúrgicos (ADI 6346), Partido Socialista do Brasil (ADI

6348), Partido Comunista do Brasil (ADI 6346 PCdoB), Partido Socialista e Liberal (PSOL) e Partido dos Trabalhadores (PT) unidos (ADI 6349), Solidariedade (ADI 6352) e Federação Nacional dos Trabalhadores Industriais (ADI 6354) sob o fundamento de que as medidas temporárias prejudicariam os direitos fundamentais dos trabalhadores (BRASIL, 2020).

O Plenário decidiu, através da ADI 6342, por maioria, em 29 de abril de 2020, suspender a vigência dos artigos 29 e 31 Medida Provisória 927/2020. Dessa forma, cabe ao empregador comprovar que a relação causal com a empresa não é contaminação no ambiente de trabalho. Para o Supremo Tribunal, colocar o ônus da prova nos trabalhadores incluiria "provas diabólicas", pois as circunstâncias em que a doença foi contraída não poderiam ser definidas com precisão, invertendo o ônus da prova sobre os trabalhadores. Os ministros também consideraram que os dispositivos supracitados são incompatíveis com a finalidade da própria medida provisória, que busca conciliar o valor social do trabalho, perpetuar as relações laborais, e a livre iniciativa, que tenta manter a sobrevivência das empresas (BRASIL, 2020).

Nesse sentido, assume-se a causalidade da contaminação por Covid-19 no ambiente de trabalho para os trabalhadores que realizam serviços essenciais ou de maior risco. Portanto, é responsabilidade da empresa demonstrar que cumpriu todas as medidas de proteção, saúde e segurança no ambiente de trabalho para evitar a contaminação do trabalhador. Para os trabalhadores que não exercem essas atividades, e para os quais a empresa fornece equipamentos de proteção e mantém protocolos de segurança, o empregado deve demonstrar que o local de trabalho está contaminado e, então, o empregador pode presumir que não se trata de infecção no local de trabalho (BRASIL, 2020).

Conclusão

A pandemia causada pelo COVID-19 afetou negativamente países ao redor de todo o mundo, não apenas na saúde da população, mas também nas esferas econômica e social.

Sabe-se que a dignidade da pessoa humana está relacionada ao ambiente em que o ser humano vive, como também ao ambiente de trabalho. No contexto da COVID-19 os governos do Brasil e do mundo, na legislação e gestão de acidentes e doenças no trabalho, enfrentaram a necessidade de regular as situações extraordinárias e catastróficas. Quanto às medidas de proteção ao trabalhador e ao meio ambiente de trabalho, as ações do governo com base na legislação vigente e ao estabelecimento de medidas emergenciais, fiscalizadoras e punitivas, trouxeram diferenças que afetaram os trabalhadores de forma social, sanitária e econômica.

No Brasil, o vírus se espalhou de forma rápida e adoeceu inúmeros trabalhadores. Por isso, as medidas de fiscalização que foram impostas para as empresas, penalizando

aqueles que não proporcionaram um ambiente seguro, foram imprescindíveis para resguardar a vida dos trabalhadores e seus familiares.

Referências

BRASIL. Poder Executivo. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em 17 junho 2022.

BRASIL. Poder Legislativo. Lei 8213 de 24 de julho de 1991. Lei de Benefícios da Previdência Social; Lei de Cotas para Pessoas com Deficiência. Diário Oficial da União - Seção 1 - 25/7/1991, Página 14809 (Publicação Original). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1991/lei-8213-24-julho-1991-363650-norma-pl.html>. Acesso em 22 de junho de 2022.

CALVO, Adriana. O assédio moral institucional e a dignidade da pessoa humana (estudo do assédio moral institucional sob a ótica dos direitos fundamentais). Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 2, n. 23, p. 153-174, out. 2016.

DELGADO, M. G. A reforma trabalhista no Brasil. LTR, 2017

FARIAS, James Magno Araújo. Direito Constitucional do Trabalho. Brasil. LTR. 2016

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Curso de direito do trabalho. São Paulo. LTR, 2019.

FREITAS, Carlos Machado de et al. Plano de contingência da Fiocruz diante da pandemia da doença pelo SARS-CoV-2 (COVID-19). 2020. ARCA – Repositório Institucional da Fiocruz.

GUSMÃO, Xerxes. Precarização do meio ambiente do trabalho em tempos de pandemia de Covid-19. Laborare, v. 4, n. 6, p. 69-89, 2021

MAENO, Maria. Doenças ocupacionais relacionadas à pandemia de covid-19: fatores de risco e prevenção. Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região: N. 25 (2021), 2021.

MAZZUCHELLI, Ramón et al. Democracia y mortalidad por Covid-19 en Europa. Rev Esp Salud Pública, v. 94, n. 24, p. 24, 2020.

MORARU, Gratiela Florentina. La transformación de las relaciones de trabajo en la emergencia sanitaria del COVID-19. IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball, n. 3, 2020.

NAHAS, Thereza C.; MARTINEZ, Luciano. Considerações sobre as medidas adotadas pelo Brasil para solucionar os impactos da pandemia do COVID-19 sobre os contratos de trabalho e no campo da Seguridade Social e da de prevenção de riscos laborais. MARANHÃO, Ney Stany Morais (org.). In: O Direito do Trabalho na crise da Covid-19. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 101-112.

NIETO, Joaquín. Enfermedades laborales, una pandemia que requiere prevención. Med. segur. trab., Madrid, v. 60, n. 234, p. 1-3, março 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção 148 sobre contaminação do Ar, Ruído e Vibrações. Genebra, 1977. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236121/lang--pt/index.htm. Acesso em 26 de maio de 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção 155 sobre a Segurança e Saúde dos Trabalhadores. Genebra, 1981. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm. Acesso em 22 de junho de 2022.

ROCHA, Antônio Glauter Teófilo da et al. Rastreamento de contatos como ferramenta de combate à transmissão do SARS-COV-2: benchmark internacional, soluções tecnológicas e considerações éticas. NOMOS, p. 99.

World Health Organization (WHO). Coronavirus disease 2019 (COVID-19) – Situation Report 56. Geneve: WHO [Internet]. 2020.

O USO DAS CONSTELAÇÕES SISTÊMICAS PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

ADA JUSTINA LOPES CARNEIRO:

Acadêmica pesquisadora da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS.

CHRISTIANE DE HOLANDA CAMILO³⁰

(coautora)

Resumo: Esta é uma pesquisa que explora o uso da técnica terapêutica de Constelações Familiares como auxiliadora de resultados mais efetivos por parte do Judiciário Brasileiro. Preliminarmente aborda-se as normativas nacionais que permitem o uso da intervenção terapêutica em casos judicializados, em seguida, explana-se brevemente a biografia de Bert Hellinger, sistematizador das Constelações Familiares e, posteriormente, dá-se a exposição das principais teorias científicas que explicam a ocorrência do fenômeno das Constelações, como elas se dão na prática. Em segundo momento, passa-se a uma análise da situação atual do judiciário brasileiro e da cultura de judicialização, que culminou no número excessivo de demandas nos tribunais, apresentando a Constelação Familiar como alternativa para solução célere e eficaz do problema. Por fim, realizou-se mapeamento, por meio dos sites informativos de tribunais de justiça de todos os Estados da federação, acerca do uso das Constelações pelos mesmos.

Palavras-chave: Constelação Familiar; Constelação Sistêmica; Direito Sistêmico; Judiciário Brasileiro.

Abstract: This is a research that explores the use of the therapeutic technique of Family Constellations as a help of more effective results by the Brazilian Judiciary. Preliminary, the national norms that allow the use of therapeutic intervention in judicialized cases are discussed, then the biography of Bert Hellinger, systematizer of the Family Constellations, is briefly explained and, later, the main scientific theories that explain the occurrence of the phenomenon of the Constellations are briefly explained, as they occur in practice. Secondly, an analysis of the current situation of the Brazilian judiciary and the culture of judicialization

30 Doutora em Sociologia (UFG), Mestre em Direitos Humanos (UFG). Especialista em Direito Público Professora Pesquisadora na Universidade Estadual do Tocantins (Unitins) nas áreas de Direito Internacional, Direito Constitucional, Processo Constitucional, Direitos Humanos, Governança e Compliance e Direito Sistêmico. Líder dos Grupos de Pesquisa Direitos Humanos, Violência, Estado e Sociedade (GP DIHVES) e Direito Sistêmico, Consensual e Justiça Restaurativa (GPDS). Pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre Criminalidade e Violência (NECRIVI/UFG). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8588-1286>.

is made, which culminated in the excessive number of demands in the courts, presenting the Family Constellation as an alternative for a quick and effective solution to the problem. Finally, a mapping was carried out, through the informative websites of courts of justice of all states of the federation, about the use of constellations by them.

Keywords: Family Constellation; Systemic Constellation; Systemic Law; Brazilian Judiciary.

INTRODUÇÃO

Ante a disfuncionalidade do Sistema Judiciário Brasileiro, faz-se presente a necessidade da instauração de medidas alternativas de resolução de conflitos, para que os litígios que imanam nos ambientes forenses de todo o país sejam dirimidos de maneira célere e eficaz.

Conforme consta no Relatório da Justiça em Números, elaborado pelo Conselho nacional de Justiça, o tempo médio para que processos que tramitam na fase de conhecimento, das varas estaduais de todo o país obtenham sentença é de 2 anos e 5 meses. Os mesmos processos demoram em média 4 anos para serem baixados. O cenário se torna um pouco mais delicado, quando se trata de processos que tramitam em fase de execução nas varas estaduais. Em média, são necessários 5 anos e 2 meses para que seja proferida a sentença e 7 anos e 2 meses para serem baixados (CNJ, 2021).

Neste interim, duas normativas elaboradas pelo próprio CNJ se fazem extremamente relevantes. As resoluções 125 e 225 são ferramentas de implementação do Sistema Multiportas no Brasil e concretizam o uso de métodos como a conciliação, mediação, arbitragem, negociação, ciclos restaurativos e as constelações familiares (CNJ, 2010; CNJ 2016).

As Constelações Sistêmicas Familiares serão objeto de maior aprofundamento do presente estudo, em consequência de seu alto grau de aproveitamento nas comarcas em que vêm sendo utilizadas (BANDEIRA, 2014).

A abordagem consiste em uma intervenção terapêutica, desenvolvida por Bert Hellinger, que se baseia em teorias científicas como a Fenomenologia de Edmund Russerl, a Teoria Sistêmica de Ludwig von Bertalanffy e a Teoria dos Campos Morfogénéticos de Rupert Sheldrake, para identificar questões que, por muitas vezes, inconscientemente atuam como causa de confrontos e atritos (BERTALANFFY, 2015; CERBONE, 2012; SHELDRAKE, 2013).

O presente estudo possui como objetivo geral o mapeamento do uso das Constelações Sistêmicas Familiares no poder Judiciário Brasileiro, caracterizando o que são as Constelações, analisando a cultura de judicialização e as necessidades de inovação do

poder judiciário e apresentando o mapeamento dos tribunais federais e estaduais brasileiros.

Esta pesquisa considera a possibilidade do uso da técnica terapêutica da Constelação Familiar como instrumento de resolução de conflitos nos mais diversificados ramos jurídicos, apresentando o Direito Sistêmico como uma nova perspectiva de Direito, indagando em síntese, de que forma as Constelações Sistêmicas Familiares como possibilidade de resolução pacífica de conflitos e também como técnica aproveitável dentro do processo judicial estão sendo utilizadas pelos tribunais estaduais e federais brasileiros.

Esta é uma pesquisa qualitativa, pois baseia-se na ocorrência ou não da aplicação das Constelações Sistêmicas no Poder Judiciário Brasileiro, empírica, pois tem como fonte o próprio objeto e exploratória, pois busca o levantamento e mapeamento de informações nos sites dos tribunais brasileiros, na qual utilizar-se-á pesquisa bibliográfica e documental sobre o tema em sites da internet e obras físicas.

CONSTELAÇÕES FAMILIARES SISTÊMICAS

Sobre Bert Hellinger

Antes de trazer à tona as características e definição das Constelações Familiares Sistêmicas, é necessário expor, ainda que resumidamente, a biografia do precursor responsável pelo desenvolvimento e elaboração dessa técnica de intervenção terapêutica.

Anton Suitbert Hellinger, nasceu em 16 de dezembro de 1925, em Leimen, na Alemanha, onde passou os primeiros anos de sua vida. A cidade era pacata, contava com cerca de 4 mil habitantes, que viviam, em sua maioria, em dependência de uma fábrica de cimento local, onde inclusive, seu pai trabalhava como engenheiro (HELLINGER, 2020).

Aos cinco anos, seus pais se mudaram para a cidade de Colônia com seus dois irmãos enquanto Bert ainda permaneceu em Leimen, morando com seus avós. Pouco antes de ingressar na escola, mudou-se para Colônia, cidade relativamente maior, com mais infraestrutura, onde aos quinze anos, por influência familiar e admiração à estrutura religiosa da Igreja Católica, decidiu que seguiria o caminho do sacerdócio e se tornaria padre.

Em 1936, após terminar os quatro anos de escola primária, se transferiu para o internato e seminário Aloysianum, dos missionários de Mariannahill, atuantes sobretudo em missões da África.

Assim como em toda a Europa, mesmo dentro do seminário, Hellinger viu e sofreu de perto com toda a influência do nazismo. O Aloysianum serviu de alojamento para os repatriados pelo Império Alemão, como ele mesmo descreve em sua autobiografia.

Cerca de quatrocentas pessoas das mais diferentes origens, culturas e visões de mundo também encontraram no Aloysianum uma morada. Na época, éramos apenas 55 alunos. Apenas um andar de dormitórios ainda podia ser utilizado por nós (HELLINGER, 2020).

Em 1941, os nazistas determinaram o fechamento do internato e, com isso, Hellinger retornou à casa de seus pais, que no momento, residiam na cidade de Kassel. Frequentou a escola de ensino médio Friedrichsgymnasium, terminando seu período escolar, no mesmo ano em que houve inclusive o bombardeio da escola, em 1943.

Posteriormente, Hellinger serviu ao exército alemão, integrando as tropas nazistas e foi prisioneiro do exército americano durante aproximadamente um ano, quando então, decidiu fugir e retornou à Alemanha. Ficou por um tempo na casa de seus pais e, após seis semanas de sua fuga foi para Würzburg, onde entrou para a Ordem dos Missionários de Mariannahill, em 1946 (HELLINGER, 2020).

Após o período de noviciado, Bert professou os votos da ordem e cursou Teologia e Filosofia na Universidade de Würzburg. Em 1952 foi ordenado padre e, no ano seguinte foi enviado para a diocese de Mariannahill na África do Sul (HELLINGER, 2020).

Durante seu período de missão na África do Sul, Hellinger conviveu a maior parte do tempo com o povo Zulu, que à época, representavam o maior grupo étnico da região. O missionário viveu no país à durante o *apathoid*, se fez oposição ao movimento político segregacionista e posteriormente, por esse motivo, se viu obrigado a retornar para a Alemanha (HELLINGER, 2020).

Ao regressar à Alemanha, Bert continuou a servir à ordem religiosa por um tempo, todavia, iniciou um movimento que ia de encontro a psicologia. Em Würzburg, começou a frequentar aulas de psicologia na Universidade (HELLINGER, 2020).

Mais tarde, Hellinger abandona a ordem, muda-se para Viena, inicia uma formação psicanalítica e se casa com sua primeira esposa, Herta (HELLINGER, 2020).

Após diversas experiências, com os mais variados segmentos de psicoterapia, no início dos anos de 1980, Hellinger participou de um curso de terapia familiar com Thea Scönfelder, semelhante ao que mais tarde ele desenvolveria como Constelações Familiares (HELLINGER, 2020).

Histórico e Concepções

Para o desenvolvimento da técnica que, atualmente, se concebe como Constelações Familiares Sistêmicas, Hellinger se pauta em algumas correntes científicas que explicam e comprovam o funcionamento do método.

A primeira é a corrente filosófica fenomenológica de Edmund Husserl, que tem por objeto as coisas que se manifestam ou se mostram, tais como se manifestam os fenômenos, procurando examinar a experiência humana de uma maneira rigorosa, como uma ciência descritiva. É a narrativa daquilo que se mostra como é (CERBONE, 2012).

Para esse propósito, é necessária a suspensão de qualquer juízo de valor, deixando de lado os pressupostos em relação ao fenômeno que se apresenta, o que Husserl chama de suspensão fenomenológica ou *epoché* (CERBONE, 2012).

A segunda corrente é a Teoria Geral Dos Sistemas, desenvolvida por Ludwig von Bertalanffy, segundo a qual, sistemas são conjuntos de unidades reciprocamente relacionadas, que tem propósitos e objetivos. As unidades ou elementos, bem como os relacionamentos, definem um arranjo que visa sempre um objetivo ou uma finalidade a alcançar. Qualquer estimulação em qualquer unidade do sistema afetará todas as suas unidades. Com isso, o efeito total dessas mudanças proporcionará um ajustamento de todo o sistema e assim, ele sempre reagirá globalmente (BERTALANFFY, 2015).

Nas próprias palavras de Bertalanffy, sistemas de várias ordens não são compreensíveis pela investigação de suas partes isoladamente. Concepções e problemas desta natureza aparecem em todos os ramos da ciência, independentemente de se tratar de coisas inanimadas, organismos vivos ou fenômenos sociais (BERTALANFFY, 2015).

Por fim, a terceira teoria científica em que se baseia Hellinger para a fundamentação das Constelações Familiares Sistêmicas, é a Teoria dos Campos Morfogenéticos, de Rupert Sheldrake (SELDRAKE, 2013).

Ao observar, inicialmente, o desenvolvimento de plantas, Sheldrake inicia o desenvolvimento da Teoria dos Campos Mórficos. Para ele, a ideia de que espécies diferentes simplesmente seguirem instruções dadas por genes lhe pareceu insuficiente (SELDRAKE, 2013).

Assim, os Campos Morfogenéticos se constituem como regiões de influência no tempo e no espaço, dentro e em volta dos sistemas que eles organizam, estando presentes não só na manutenção da forma das plantas e dos animais mas também na organização da percepção, do comportamento e da atividade mental (SELDRAKE, 2013).

Segundo o cientista, os Campos Mórficos são passíveis de evolução, sendo suas estruturas dependentes de uma espécie de memória criada pela repetição, nas quais os padrões por eles organizados, tornam-se cada vez mais prováveis e habituais. Eles são consequência do que ocorreu anteriormente no mundo (SELDRAKE, 2013).

O meio pelo qual a informação ou um modelo de atividade são transferidos de um sistema anterior para um subsequente do mesmo tipo denomina-se ressonância mórfica, que apoia um tipo de memória coletiva inata de onde se originam as informações dos campos. Quanto maior a semelhança, maior a influência da ressonância mórfica.

Ao sistematizar as Constelações Sistêmicas Familiares, Hellinger pontua que existem questões que se constituem para além da pessoa, que fazem parte da consciência coletiva de seu grupo familiar e que podem inconscientemente afetar a vida dos integrantes. Tais questões sistêmicas envolvem aspectos factuais da história da família, em geral fatos dramáticos que causam desequilíbrio e desordem e que clamam por reparação, cujo os quais denominam-se “emaranhamentos” (HELLINGER, 2003).

Assim como em todos os sistemas, nos familiares também atuam forças ou leis que os regem e que, ao serem desrespeitadas, são criados os emaranhamentos concretizados por meio de doenças, conflitos, sentimentos de infelicidade, dentre outros. Estas forças são intituladas Ordens do Amor, quais sejam, a Lei do Pertencimento, da Hierarquia e do Equilíbrio (HELLINGER, 2003).

Segundo a Lei do Pertencimento, todos os membros do sistemas tem direito de pertencer a ele, ninguém pode ficar excluído. É comum o desrespeito a essa lei quando pessoas fingem que nada aconteceu, para não pensar no passado ou para tentar excluir alguém do convívio familiar. Entretanto, quando ocorre o afastamento de um dos integrantes do conjunto, as gerações posteriores emaranham-se com esse indivíduo, reconhecendo-se nele, honrando-o e apresentando os mesmos padrões, tentando de qualquer modo reintegrá-lo, como forma de sobrevivência. O desrespeito à Lei do Pertencimento apresenta efeito inverso. Inúmeras situações, tais como mortes precoces, abortos, suicídios, crimes, dentre outros fatos, podem estar ligados à exclusão (HELLINGER, 2003).

Hierarquia é Lei Sistêmica relacionada à ordem, ao lugar que cada um ocupa. Quem chegou primeiro tem prioridade, pois através dele a família vem se mantendo. Quando o lugar de cada um no sistema é respeitado a vida pode fluir e seguir normalmente. Cada membro no sistema familiar tem o seu devido lugar, não podendo ocupar o espaço de outro sem que isso cause um desarranjo no sistema. Assim, quando as pessoas estão fora de suas posições, a exemplo de um filho que quer fazer as vezes de seu pai ou de pais que olham mais para os filhos do que para seu próprio relacionamento, percebe-se a

configuração de emaranhamentos que têm como consequência sofrimentos a serem vivenciados (HELLINGER, 2003).

Por derradeiro, a Lei do Equilíbrio é a Lei que permite a sobrevivência dos sistemas, a necessidade de compensação entre perdas e ganhos, equilíbrio entre dar e tomar. Por esta ordem, observa-se a necessidade do reconhecimento de sua própria parcela de responsabilidade por todos os acontecimentos vividos. Uma relação equilibrada se dá quando ambas as pessoas compartilham mutualmente aquilo que cada um é capaz (HELLINGER, 2003).

Este fundamento atinge principalmente casais, se um dá mais ao outro do que aquilo que ele ou ela possa retribuir o equilíbrio da troca é prejudicado. Quem deu mais se sente no direito de cobrar e quem recebeu de mais se sente em dívida, e na maioria das vezes quem deve e não consegue pagar acaba indo embora.

Constelações na prática.

Na prática, a Constelação Sistêmica Familiar é uma abordagem terapêutica capaz de identificar e desfazer pontos de tensão psicológica ou emocional que condicionam comportamentos humanos e nem sempre revelam suas origens, buscando na família a origem de dificuldades, bloqueio e padrões comportamentais que culminam em sofrimentos desenvolvidos pelas pessoas durante a vida (SILVA, 2021).

Existem duas modalidades de atendimento: a grupal e a individual. Em grupo, há a participação de representantes que, mesmo não tendo conhecimento do assunto, se comportam de maneira coerente ao contexto constelado, vivenciando e agindo de maneira semelhante às pessoas que estão representando. Os representantes recebem informações diretamente do campo morfogenético de quem está constelando e revela os pontos que precisam ser trabalhados. O cliente assiste os representantes trabalharem sem intervir (SILVA, 2021).

Individualmente, realiza-se a intervenção com o auxílio de figuras ou bonecos, da qual o cliente também participa representando.

Quando se dá início a uma constelação é como se o campo mórfico se abrisse. Informações são transmitidas por meio da ressonância mórfica, que se manifesta em sensações, sentimentos e emoções, além do comportamento. Aquilo que aparece está interligado ao que aconteceu no passado.

Durante a constelação, os representantes entram em ressonância com a memória familiar do cliente, do sistema dele o essencial se revela. Esse campo se manifesta por intermédio dos representantes e das informações por eles trazidas à tona (BRAGA, 2018).

Assim, o olhar se amplia para além das coisas e pessoas como são. A percepção muda e a rotina é transformada quando se adota uma postura sistêmica, que ultrapassa a empatia individual e inclui todos do sistema familiar, quer sejam vítimas ou perpetradores. Todos são acolhidos pela consciência maior, pela grande consciência coletiva.

Há dois momentos importantes que acontecem no decorrer da constelação. De início, entra-se em contato com o “campo mórfico” e traz-se para a consciência o que estava inconsciente: os emaranhamentos. No segundo momento, adentra-se no “campo de força” do cliente quando ocorre um grande salto de cura, no qual se aceita tudo que aconteceu e se usam frases de solução. Essa é a fase de desidentificação, de cura e de libertação (BRAGA, 2018).

A CULTURA DA JUDICIALIZAÇÃO E A NECESSIDADE DE INOVAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A crise do Judiciário a Cultura da Judicialização.

O ser humano é um ser social e possui individualidades em sua formação e comportamento. Por este motivo as relações entre indivíduo e grupos são caracterizadas por divergências das mais variadas categorias, quais sejam, políticas, familiares, ideológicas, sociais, profissionais, emocionais, de onde imanam os conflitos.

Da necessidade de proteção contra a brutalidade humana e da divergência dos interesses decorre a elaboração de normas de convivência que controlam as relações humanas e aplicam punições a quem as violam.

Neste íterim, o Estado se constitui como ente abstrato, dotado de capacidade político institucional que busca reconhecimento e proteção de seus nacionais, evidenciando a relevância da jurisdição como meio de solução de litígios, sendo assegurado a qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, que recorra ao Estado-juiz caso sinta que seus direitos foram lesados ou ao menos ameaçados (FILHO, 2012).

No hodierno, muito embora haja o predomínio da jurisdição enquanto poder estatal de distribuição de justiça, e esta funcione como instrumento e garantia de direitos, é possível observar flagrante supervalorização dos meios tradicionais de resolução de conflitos, circunstância que culmina na crise do sistema judicial brasileiro, especialmente, pela sua incapacidade de atender aos anseios dos jurisdicionados e pela crescente litigiosidade na sociedade brasileira.

Os instrumentos da jurisdição (direito de ação e processo), que materializam a garantia constitucional de acesso à justiça, insculpida no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, tem funcionado como vingança personalíssima, ou ainda, como loteria jurídica, ante a ausência de padronização das decisões judiciais (FILHO, 2012).

Outro fator da crise do sistema judiciário que merece destaque, é o fato de que os órgãos responsáveis pela distribuição da justiça não conseguem acompanhar o processo de globalização, visto que, em decorrência desta, as relações entre empresas, trabalhadores, consumidores, indivíduos e estados, se dão com maior fluidez, o que acaba por potencializar o surgimento de demandas. Quando estas lides se direcionam rumo ao poder judiciário encontram tribunais afogados em milhares de processos, com quantidade de magistrados e servidores insuficientes para o atendimento das demandas processos judiciais e administrativos.

Assim, fatores como a incapacidade de prestação de um serviço judiciário adequado em razão das práticas demandistas levadas ao extremo da litigiosidade, a cultura da judicialização e a dificuldade de dialogar, potencializam significativamente a situação em que se encontra o poder judiciário pátrio.

Por cultura da judicialização entende-se a ideia perpetrada consciente ou inconscientemente na sociedade de que, todo e qualquer conflito precisa ser judicializado e resolvido sob a forma de uma solução adjudicada - ainda que não seja a mais adequada sob o aspecto da justa composição do conflito - fundamentada na lógica do vencedor-perdedor, onde se encontra a origem da resistência para implementação de uma práxis pacificadora.

Muito embora sejam notáveis os esforços do Poder Judiciário e Legislativo para a solução dos problemas supracitados, tais como a instituição do Conselho Nacional de Justiça e a criação de normas que legitimizam o uso de meios alternativos de resolução de conflitos, como o novo CPC e a Lei 13.140 de 2015, que dispõe sobre o uso dos meios alternativos no âmbito da administração pública, essas medidas possuem um enfoque resolutório muito mais quantitativo do que qualificativo, além de somente se ater aos efeitos causados pela judicialização e não aos seus motivos (FILHO, 2012).

De toda sorte, como explanado em momento introdutório, mesmo que a passos lentos, as medidas que visam implementar o sistema multiportas brasileiro, como por exemplo, a elaboração da Resolução 125 do CNJ, abrem espaço para a construção de um novo Direito, de um novo olhar acerca dos conflitos, e também, para uma reforma organizacional do Poder Judiciário (MORAES, 2019).

Destarte, a figura das Constelações Familiares Sistêmicas surge como grande potencial para a busca de soluções satisfatórias e eficientes das demandas levadas ao judiciário, dada sua característica de tratar o cerne do conflito e já vêm sendo utilizadas nos tribunais do país, sob a nomenclatura de Direito Sistêmico.

Direito Sistêmico e sua aplicação aos processos judiciais.

Em termos simplórios, Direito Sistêmico pode ser definido como a aplicação das Leis Sistêmicas de Bert Hellinger ao campo do direito. Constituí uma nova forma de perceber os vínculos entre os indivíduos e grupos tutelados pelo direito.

A aplicação das constelações familiares no judiciário teve início em 2012, com o juiz de direito do Tribunal de Justiça da Bahia, Sami Storch. Desde então o trabalho atingiu resultados expressivos e foi reconhecido pelo Conselho Nacional de Justiça como método eficaz para elevar os índices de conciliações, expandindo-se para diversos estados da federação (STORCH, MIGLIARI, 2020).

No decorrer de seu dia a dia forense, o magistrado percebeu que muitas das vezes, as partes possuíam como objetivo principal não o alcance de uma justiça idealizada, mas sim vingar-se umas das outras causando um mal maior, como necessidade de compensação e que com frequência saíam insatisfeitas com as sentenças proferidas, uma vez que não sabiam qual a medida certa para alcançarem seu equilíbrio.

Durante os anos de 2012 e 2013 os resultados alcançados com a aplicação método antes das Audiências de Conciliação foram significativamente positivos, chegando ao número de 100% de acordo, em processos que ambas as partes participaram das Constelações (BANDEIRA, 2014).

Como mencionado alhures, a aplicação das Constelações Familiares nos processos judiciais encontra respaldo no CPC/15, que implementou o sistema multiportas no processo judiciário brasileiro e na Resolução 125 do CNJ, que autoriza a aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos. Referido dispositivo traz nos artigos iniciais seus objetivos, quais sejam, disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade, incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição e reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ (BANDEIRA, 2014).

Acerca da aplicação do Direito Sistêmico, cabe salientar que, esta se dá de diferentes formas. A primeira forma de aplicação se tem por uma postura sistêmica-fenomenológica do operador jurídico; a segunda com a intervenção de frases de solução, exercícios e dinâmicas sistêmicas; e a terceira, com a aplicação das Constelações propriamente ditas.

Ressalta-se que, no contexto de um Direito Sistêmico humanizado, a postura do operador jurídico é de extrema relevância, uma vez que por meio dele, as partes tem o primeiro contato com a abordagem sistêmica e com a possibilidade de obterem uma solução mais eficiente para sua demanda.

Assim, quando o advogado, magistrado, conciliador ou mediador realiza o primeiro contato com o conflito, deve ter uma visão ampla e integralizada do mesmo, não se deixando nortear por uma visão individual ou isolada da questão. Deve perceber a questão como conectada aos sistemas cujo os quais as partes pertencem.

Cabe enfatizar que, as Constelações Sistêmicas já vem sendo utilizadas como mecanismo resolutório nas mais variadas searas jurídicas, tendo inclusive comissões específicas em várias OAB regionais por todo o país. Entretanto, dada sua origem familiar, há maior observância do uso na seara do Direito de família – em processos de dissolução conjugal, guarda de menores, adoção e alienação parental –, no âmbito do Direito Penal, Execução da Pena, violência doméstica e nos processos de menores infratores (BRAGA, 2018).

MAPEAMENTO DO USO DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES SISTÊMICAS NOS TRIBUNAIS ESTADUAIS E FEDERAIS DO PAÍS

Salientada a importância do uso das Constelações Sistêmicas como potencial meio alternativo de resolução de conflitos, realizou-se um mapeamento de seu uso pelos tribunais do país através de buscas em seus respectivos sites por meio dos indexadores “constelações”, “constelações familiares”, “constelações sistêmicas” e “direito sistêmico”.

Inicialmente, cabe pontuar que, efetuou-se pesquisa das palavras-chave mencionadas anteriormente nos sites de tribunais estaduais e federais na maioria dos estados da federação.

Insta salientar, também que a dinâmica de busca sobre o uso das constelações na Justiça Federal de cada estado se deu de maneira diferente. A pesquisa foi realizada diretamente pelo Google, tendo em vista que a busca nos sites oficiais não apresentou o resultado desejado.

Dentre os estados que compõem a região Norte do país apenas Amapá, Amazonas e Roraima não apresentaram nenhum resultado quanto a inserção das Constelações em seus sistemas judiciários.

Quadro 1 – Uso das Constelações Familiares nos Tribunais da Região Norte.

Acre

Tribunal de Justiça

Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A primeira publicação do site é de 06 de janeiro de 2020. Notícia de grupo reflexivo contra a violência doméstica.
Procedimentos usados.	Reuniões de grupos reflexivos e reuniões para receber programa de justiça restaurativa
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Execução penal.

Justiça Federal

Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.

Amapá

Tribunal de Justiça

Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.

Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Amazonas	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Justiça Federal	
Data de início das s pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.

Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Pará	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A primeira publicação do site é de 09 de junho de 2016.
Procedimentos usados.	Projetos, palestras, debates, mutirões para solução de conflitos na área de direito de família, aquisição de livros, notícias.
Formação de pessoal.	Palestras para servidores e magistrados.
Área de aplicação.	Adoção de crianças, violência doméstica e direito de família.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Rondônia	
Tribunal de Justiça	

Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A primeira publicação do site é de 17 de novembro de 2014.
Procedimentos usados.	Notícias, palestras, oficinas, projetos, cursos, workshops, ações de mobilização em shoppings.
Formação de pessoal.	Formação de juízes em constelações familiares.
Área de aplicação.	Execução penal, direito de família, vara da infância.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Roraima	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.

Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Tocantins	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A primeira publicação do site é de 13 de setembro de 2017.
Procedimentos usados.	Encontros, debates, palestras, workshops, cursos, projetos, seminários.
Formação de pessoal.	Cursos para magistrados, encontro com servidores dos CEJUSCs.
Área de aplicação.	CJUSC.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.

Fonte: (Dados produzidos pelas autoras, 2022).

Quanto à região Centro-Oeste, no âmbito estadual, foram encontrados resultados positivos para todos os estados. No que concerne à Justiça Federal não se obteve resultado.

Quadro 2 – Uso das Constelações Familiares nos Tribunais da Região Centro-Oeste.

Distrito Federal	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A primeira publicação do site é de fevereiro de 2016.
Procedimentos usados.	Artigos, notícias, projetos.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Ações solidárias, direito de família, direito penal, direito civil, vara de órfãos e sucessões.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Goiás	
Tribunal de Justiça	

Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A primeira publicação do site é de 19 de maio de 2016.
Procedimentos usados.	Notícias, fóruns, programas, eventos, palestras, atendimentos, projetos.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	CEJUSC, vara da infância e da juventude, violência familiar, violência de gênero.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Mato Grosso	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A primeira publicação do site é de 24 de junho de 2015.
Procedimentos usados.	Encontros, palestras, notícias, cursos, oficinas, projetos, lives, livros, constelações em unidades prisionais, eventos, conferências, rodas de conversas.
Formação de pessoal.	Curso básico de Direito Sistemico ministrado por Sami Storch.

Área de aplicação.	CEJUS, direito de família, vara da infância e da juventude, violência doméstica, juizado criminal, execução penal.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Mato Grosso do Sul	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A única publicação encontrada no site é relatório datado de 2017.
Procedimentos usados.	Relatório em revista.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Infância e juventude.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.

Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.

Fonte: (Dados produzidos pelas autoras, 2022).

Na região Sul, o resultado da pesquisa também foi animador, em razão dos sites dos tribunais de justiça de todos os estados apresentarem resultado efetivo para as buscas.

Quadro 3 – Uso das Constelações Familiares nos Tribunais da Região Sul.

Paraná	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A única publicação encontrada no site é datada de 02 de maio de 2017.
Procedimentos usados.	Projeto.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Execução penal, CEJUSC.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Rio Grande do Sul	

Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A primeira publicação do site é de 24 de abril de 2019.
Procedimentos usados.	Uso das constelações em processos, projetos.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Direito de família e CEJUSC.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Santa Catarina	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A primeira publicação do site é de 08 de setembro de 2016
Procedimentos usados.	Projetos, notícias, pesquisas, entrevistas, cursos, palestras.
Formação de pessoal.	Cursos para magistrados.

Área de aplicação.	Direito civil, criminal, CEJUSC, direito de família, execução penal, violência contra a mulher.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.

Fonte: Dados produzidos pelas autoras, 2022)

Na região Sudeste, todos os tribunais estaduais apresentaram ao menos um resultado para a pesquisa. No que concerne à Justiça Federal, apenas um resultado foi obtido, com relação ao estado de São Paulo, a respeito de uma revista informativa sobre o uso das Constelações no Poder Judiciário.

Quadro 4 – Uso das Constelações Familiares nos Tribunais da Região Sudeste.

Espírito Santo	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A primeira publicação do site é de 12 de junho de 2019.
Procedimentos usados.	Oficinas, eventos, aplicação das constelações.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Direito de Família.
Justiça Federal	

Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Minas Gerais	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A primeira publicação do site é de 14 de setembro de 2017.
Procedimentos usados.	Workshops, notícias, realização de constelações, seminários, revistas, oficinas, palestras, debates, regulamentos.
Formação de pessoal.	Palestras para servidores.
Área de aplicação.	Direito penal, direito de família, vara da infância e da juventude, violência doméstica, CEJUSC.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.

Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Rio de Janeiro	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A primeira publicação do site é de 16 de março de 2017.
Procedimentos usados.	Peças de teatro, videoconferências, realização de constelações, projetos.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Direito de família.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
São Paulo	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A primeira publicação do site é de 09 de dezembro de 2015.
Procedimentos usados.	Realização de constelações, campanhas, palestras, projetos.

Formação de pessoal.	Palestras para servidores, capacitação para profissionais de serviços de acolhimento contra a violência doméstica.
Área de aplicação.	Direito de família, direito criminal, vara da infância e da juventude, CEJUSC.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A única informação encontrada por meio de site de pesquisa (Google) é de uma revista de outubro de 2018.
Procedimentos usados.	Revista.
Formação de pessoal.	Curso na escola de magistrados da 3ª região.
Área de aplicação.	Direito previdenciário.

Fonte: (Dados produzidos pelas autoras).

Em relação à região Nordeste, dois estados não exibem resultado para as buscas, quais sejam Maranhão e Sergipe. Quanto à justiça estadual de Rio Grande do Norte, não foi encontrado campo de pesquisa no site do tribunal.

Quadro 5 – Uso das Constelações Familiares nos Tribunais da Região Nordeste.

Alagoas	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A primeira publicação do site é de 09 de dezembro de 2015.
Procedimentos usados.	Notícias, palestras, workshops, debates, mutirões, aplicação em audiências, regulamentações.
Formação de pessoal.	Curso para desembargadores e juízes, palestras para servidores e juízes.

Área de aplicação.	Direito de família, adoção, violência doméstica.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Bahia	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A primeira publicação do site é de 23 de outubro de 2012.
Procedimentos usados.	Notícias, palestras vivenciais, seminários, eventos, revistas, sessões de constelações, workshops.
Formação de pessoal.	Workshops e para servidores e magistrados.
Área de aplicação.	Direito de família, violência doméstica.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Ceará	
Tribunal de Justiça	

Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A primeira publicação do site é de 27 de março de 2017.
Procedimentos usados.	Grupo de leitura, palestras, cursos, reuniões, projetos.
Formação de pessoal.	Cursos e palestras para servidores.
Área de aplicação.	Execução penal e direito de família.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Maranhão	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.

Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Paraíba	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A primeira publicação do site é de 10 de novembro de 2017.
Procedimentos usados.	Fórums, cursos.
Formação de pessoal.	Participação de magistrados em fóruns e cursos.
Área de aplicação.	Violência doméstica, direito de família.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Pernambuco	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível identificar, uma vez que as publicações do site não possuem data.
Procedimentos usados.	Pesquisas, instruções normativas, cursos de formação, eventos, encontros.
Formação de pessoal.	Curso de formação para magistrados.

Área de aplicação.	CEJUSC, varas de infância e juventude, direito de família, JECRIM, violência contra a mulher.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Piauí	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	A primeira publicação do site é de 05 de novembro de 2018.
Procedimentos usados.	Palestras, prática de constelações, encontros, lives, workshops, projetos, webnários.
Formação de pessoal.	Palestras para servidores e magistrados.
Área de aplicação.	CEJUSC.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.

Rio Grande do Norte	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar campo para busca no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Justiça Federal	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Sergipe	
Tribunal de Justiça	
Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.
Justiça Federal	

Data de início das publicações pelo site do Tribunal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Procedimentos usados.	Não foi possível encontrar informações no site.
Formação de pessoal.	Não foi possível encontrar informações no site.
Área de aplicação.	Não foi possível encontrar informações no site.

Fonte: (Dados produzidos pelas autoras, 2022).

Assim sendo, conclui-se que, na justiça estadual, dos vinte e sete estados da federação, seis não apresentaram resultado para os indexadores em seus sites oficiais. Na Justiça Federal, este número aumentou, já que ainda que de maneira restrita, apenas a Justiça Federal de São Paulo exibiu notícias sobre o tema.

Ressalta-se, finalmente, que há publicação sobre um workshop realizado em 2018, no site do Conselho da Justiça Federal.

Por fim, registra-se que há uma necessidade maior de transparência por meio das publicações nos sites dos tribunais sobre das práticas adotadas pelos juízes e tribunais, visto que, na pesquisa, foi demonstrado que as informações sobre constelações sistêmicas

familiares, aparecem muito mais como “notícia” do que como “projeto, programa ou política institucional”, ou seja, nota-se que existem práticas porém ainda tímidas em sua maioria que não chegam a serem conhecidas em sua totalidade por falta de publicação nos sites das práticas adotadas pelos tribunais, e ainda, falta serem estabelecidas como projeto, programa ou política institucional visto que a resolução consensual de conflitos é regra prevista desde 1948 na Declaração Universal de Direitos Humanos e posteriormente consolidada pelo Código de Processo Civil brasileiro em 2015. Razão pela qual, visualiza-se uma possibilidade viável no uso das constelações como meio de resolução de conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Findo o presente estudo, depreende-se que, as Constelações Familiares são intervenções terapêuticas dotadas de embasamento científico, com comprovada efetividade de resolução de imbróglis em casos práticos pessoais e judiciais, fruto de um longo e cauteloso processo de desenvolvimento.

Neste ínterim, a aplicação das mesmas em casos judiciais se faz útil e necessária, visto que há, no cenário atual do judiciário brasileiro, notório abarrotamento dos tribunais

e alto índice de insatisfação, por parte dos usuários da justiça, dos resultados obtidos por meio dos meios tradicionais de resolução de conflitos.

Por fim, quanto à aplicação das Constelações e a divulgação da prática por meio dos Tribunais do país, tem-se que notórios e significantes são os esforços de maioria dos tribunais estaduais do país, no sentido de informar e divulgar os resultados alcançados com a intervenção terapêutica. Tal contexto muda de figura quando tratamos dos tribunais e seções judiciárias da Justiça Federal, que possuem campos de pesquisa um tanto quanto restritivos e seus sites e mesmo quando a pesquisa é realizada em site genérico da *internet* poucos são os resultados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMÂNCIO, Carolina. Palestra sobre Constelação Familiar: inscrições gratuitas para magistrados e servidores. **Tribunal de Justiça de Alagoas**. 10 de outubro de 2016. Disponível em < <https://www.tjal.jus.br/noticias.php?pag=lerNoticia¬=10622> >. Acesso em 18/10/2022.

BANDEIRA, Regina. Juíz consegue 100% de acordos usando técnica alemã antes das sessões de conciliação. **CNJ, 2014**. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/juiz-consegue-100-de-](https://www.cnj.jus.br/juiz-consegue-100-de-acordos-usando-tecnica-alema-antes-das-sessoes-de-conciliacao/)

[acordos-usando-tecnica-alema-antes-das-sessoes-de-conciliacao/](https://www.cnj.jus.br/juiz-consegue-100-de-acordos-usando-tecnica-alema-antes-das-sessoes-de-conciliacao/)>. Acesso em 15 de outubro de 2022.

BERTALANFFY, Ludwig von. **General System Theory: Foudations, Development, Applications**. 18ª. Ed. Nova Iorque: George Braziller, 2015.

BITTENCOUT, Paula. Aberta as inscrições para encontro sobre Constelação Familiar na Comarca de Colinas. **Tribunal de Justiça do Tocantins**. 13 de setembro de 2017. Disponível em < <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/4984-abertas-inscricoes-para-encontro-sobre-constelacao-familiar-na-comarca-de-colinas> >. Acesso em 17/10/2022.

BRAGA, Ana Lucia. **Constelações Familiares: relatos de conflitos e soluções**. 2ª. Ed. Curitiba: Appris, 2018.

BRAGA, Ana Lucia. **Constelações Sistêmicas: diversos olhares para diferentes realidades**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2019.

BRASIL. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária

Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses do âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **DJe/CNJ, nº 2019/2010, de 01 de dezembro de 2010**, p.2-14 e republicada no DJe/CNJ nº 39/2011, de 01 de março de 2011, p. 2-15.

BRASIL. **Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre da Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. DJe/CNJ, nº 91, de 02 de junho de 2016, p. 28-33.

BRUN, Mylena. Constelação em penitenciária ajuda reeducandas. **Tribunal de Justiça de Mato Grosso**. 14 de outubro de 2016. Disponível em < <https://www.tjmt.jus.br/noticias/46137#.Y1LmcXbMLIV> >. Acesso em 18/10/2022.

BRUN, Mylena. Constelação propõe novo olhar para litígio. **Tribunal de Justiça de Mato Grosso**. 27 de setembro de 2016. Disponível em < <https://www.tjmt.jus.br/noticias/45893#.Y1LlwXbMLIV> >. Acesso em 18/10/2022.

BRUN, Mylena. Programa resgata estrutura familiar de dependentes. **Tribunal de Justiça de Mato Grosso**. 28 de novembro de 2016. Disponível em < <https://www.tjmt.jus.br/noticias/46636#.Y1Lm-HbMLIV> >. Acesso em 18/10/2022.

BRUNO, Vitor. Constelação Familiar no Judiciário: CEJUSC EE NUPEMEC promovem mais uma prática nesta segunda-feira (24). **Tribunal de Justiça do Piauí**. 19 de junho de 2019. Disponível em < <https://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/tjpi/noticias-tjpi/constelacao-familiar-no-judiciario-cejusc-e-nupemec-promovem-mais-uma-pratica-nesta-segunda-feira-24/> >. Acesso em 19/10/2022.

CARVALHO, Valéria. Núcleo de Soluções Sistêmicas, NUPEMEC e CEJUSC promovem “Workshop de Constelações Familiares” amanhã (20). **Tribunal de Justiça do Piauí**. 19 de agosto de 2019. Disponível em < <https://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/tjpi/noticias-tjpi/nucleo-de-solucoes-sistemicas-nupemec-e-cejusc-promovem-workshop-de-constelacoes-familiares-amanha-20/> >. Acesso em 19/10/2022.

CARVALHO, Valéria. NUPEMEC e CEJUSC promovem Palestra Vivencial de Constelações Familiares. **Tribunal de Justiça do Piauí**. 28 de janeiro de 2019. Disponível em < <https://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/tjpi/noticias-tjpi/nupemec-e-cejusc-promovem-palestra-vivencial-de-constelacoes-familiares/> >. Acesso em 19/10/2022.

CARVALHO, Valéria. NUPEMEC promove a live “Constelação Familiar: a prática no judiciário piauiense” em seu Instagram nesta sexta-feira (10). **Tribunal de Justiça do Piauí**. 09 de julho de 2020. Disponível em < <https://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/tjpi/noticias-tjpi/constelacao-familiar-a-pratica-no-judiciario-piauiense> >. Acesso em 19/10/2022.

[tjpi/nupemec-promove-a-live-constelacao-familiar-a-pratica-no-judiciario-piauiense-em-seu-instagram-nesta-sexta-feira-10/](#) >. Acesso em 19/10/2022.

CARVALHO, Valéria. TJ-PI sedia 2ª Jornada de Mediação promovida pelo Instituto Imediar. **Tribunal de Justiça do Piauí**. 12 de agosto de 2019. Disponível em < <https://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/tjpi/noticias-tjpi/tj-pi-sedia-2a-jornada-de-mediacao-promovida-pelo-instituto-imediar/> >. Acesso em 19/10/2022.

CAVALHEIRO, Patrícia. Projeto Justiça Sistêmica será apresentado amanhã em Vimão. **Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul**. 14 de março de 2022. Disponível em < <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/projeto-justica-sistemica-sera-apresentado-em-viamao/> >. Acesso em 18/10/2022.

CERBONE, David R. **Fenomenologia**. Tradução de Caesar Souza. Petrópolis: Vozes, 2012.

CJF - Conselho da Justiça Federal. **Especialistas discutem o uso do método de Constelações Familiares na solução de conflitos**. 12 de abril de 2018. Disponível em < <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2018/abril/especialistas-discutem-o-uso-do-metodo-de-constelacoes-familiares-na-solucao-de-conflitos> >. Acesso em 19/10/2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2021**. Disponível em < <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> >. Acesso em 15/10/2022

CORDEIRO, Andrea. Aberta a Semana Nacional de Conciliação. **Tribunal de Justiça do Pará**. 01 de novembro de 2019. Disponível em < <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/1013112-abertura-da-emanada-conciliacao.xhtml> > Acesso em 17/10/2022.

CORDEIRO, Andrea. Auto-responsabilização soluciona conflitos. **Tribunal de Justiça do Pará**. 13 de junho de 2019. Disponível em < <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/951094-autorresponsabilizacao-para-solucionar-conflitos.xhtml> >. Acesso em 17/10/2022.

COSTA, Lucas Vieira da; MORAES, Daniela Marques de. **O sistema multiportas e sua contribuição para a ampliação do acesso à justiça no Brasil**. Brasília: Universidade de Brasília, 2019.

DETTOGNI, Marcelo. Juizado emprega método inovador de intervenção para usuários de narcóticos em Garanhuns. **Tribunal de Justiça de Pernambuco**. 23 de outubro de 2020. Disponível em < https://www.tjpe.jus.br/-/tjpe-emprega-metodo-inovador-de-intervencao-para-usuarios-de-narcoticos-em-garanhuns?redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Finicio%3Fp_p_id%3D3%26p_p_l >

[ifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_redirect%3D%252Finicio%253Fp_p_id%253D3%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dmaximized%2526p_p_mode%253Dview%2526_3_struts_action%253D%25252Fsearch%25252Fsearch%2526_3_redirect%253D%25252F%2526_3_keywords%253Dconstela%2525C3%2525A7%2525C3%2525B5es%252Bfamiliares%2526_3_groupId%253D0%26_3_cur%3D1%26_3_keywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26_3_advancedSearch%3Dfalse%26_3_groupId%3D0%26_3_delta%3D20%26_3_resetCur%3Dfalse%26_3_andOperator%3Dtrue%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch&inheritRedirect=true](#) >. Acesso em 19/10/2022.

FERNANDES, Fabiana de Carvalho. Justiça Sistêmica: Resolução de Conflitos à luz das Constelações Familiares. **Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul**. 24 de abril de 2019. Disponível em < <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/projeto-justica-sistemica-sera-apresentado-em-viamao/> >. Acesso em 18/10/2022.

FERNANDES, Jessica. Pirenópolis sedia o 19º FONAJUV. **Tribunal de Justiça de Goiás**. 17 de agosto de 2016. Disponível em < <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/148-noticias-corregedoria/7095-pirenopolis-sedia-xix-fonajuv> >. Acesso em 18/10/2022.

FILHO, Humberto Lima de Lucena. **A cultura da litigância e o Poder Judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da Justiça Brasileira**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

FRANCO, Cláudia. Novos juízes conhecem estrutura do NUPEMEC durante curso de formação inicial. **Tribunal de Justiça de Pernambuco**. Disponível em < https://www.tjpe.jus.br/inicio?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2Finicio%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252F%26_3_keywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%2Bfamiliares%26_3_groupId%3D0&_101_assetEntryId=2360315&_101_type=content&_101_groupId=420025&_101_urlTitle=novos-juizes-conhecem-estrutura-do-nupemec-durante-curso-de-formacao-inicial&_101_redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Finicio%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_redirect%3D%252Finicio%253Fp_p_id%253D3%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dmaximized%2526p_p_mode%253Dview%2526_3_struts_action%253D%25252Fsearch%25252Fsearch%2526_3_redirect%253D%25252F%2526_3_keywords%253Dconstela%2525C3%2525A7%2525C3%2525B5es%252Bfamiliares%2526_3_groupId%253D0%26_3_cur%3D1%26_3_k >

[eywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26_3_advancedSearch%3Dfalse%26_3_groupId%3D0%26_3_delta%3D20%26_3_resetCur%3Dfalse%26_3_andOperator%3Dtrue%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjto.jus.br%2Finicio%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_redirect%3D%252Finicio%253Fp_p_id%253D3%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dmaximized%2526p_p_mode%253Dview%2526_3_struts_action%253D%252Fsearch%252Fsearch%2526_3_redirect%253D%25252F%2526_3_keywords%253Dconstela%2525C3%2525A7%2525C3%2525B5es%252Bfamiliares%2526_3_groupId%253D0%26_3_cur%3D1%26_3_keywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26_3_advancedSearch%3Dfalse%26_3_groupId%3D0%26_3_delta%3D20%26_3_resetCur%3Dfalse%26_3_andOperator%3Dtrue%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch&inheritRedirect=true](https://www.tjto.jus.br/Finicio%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_redirect%3D%252Finicio%253Fp_p_id%253D3%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dmaximized%2526p_p_mode%253Dview%2526_3_struts_action%253D%252Fsearch%252Fsearch%2526_3_redirect%253D%25252F%2526_3_keywords%253Dconstela%2525C3%2525A7%2525C3%2525B5es%252Bfamiliares%2526_3_groupId%253D0%26_3_cur%3D1%26_3_keywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26_3_advancedSearch%3Dfalse%26_3_groupId%3D0%26_3_delta%3D20%26_3_resetCur%3Dfalse%26_3_andOperator%3Dtrue%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch&inheritRedirect=true) >. Acesso em 19/10/2022.

GABRIELA, Maria. Constelação Familiar: curso aborda técnica alternativa para resolução de conflitos. **Tribunal de Justiça do Tocantins**. 27 de setembro de 2017. Disponível em < <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/5031-constelacao-familiar-curso-aborda-tecnica-alternativa-para-resolucao-de-conflitos> >. Acesso em 17/10/2022.

GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; OLDONI, Fabiano. **Direito Sistêmico: Aplicação das Leis Sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal**. 2ª. Ed. Joinville: Manuscritos, 2018.

HELLINGER, Bert. **Meu Trabalho Minha Vida. A autobiografia do criador da Constelação familiar**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Cultrix, 2020.

HELLINGER, Bert. **Ordens do amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares**.

Tradução de Newton de Araujo Queiroz. 1ª. Ed. São Paulo: Cultrix, 2003.

HUSSERL, Edmund. **A ideia da fenomenologia**. Tradução de Arthur Mourão. Lisboa: Edições 70.

LIMA, Antônio Balbino Marçal. **Ensaios sobre Fenomenologia: Husserl, Heidegger e Merlau-Ponty**. Ilhéus: Editus, 2014.

LIMA, Nehemias. EJPA realiza evento MASTER CLASS - COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA. **Tribunal de Justiça do Piauí**. 17 de março de 2022. Disponível em < <https://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/ejud/destaques-ejud/ejpa-realiza-evento-master-class-cooperacao-judiciaria/> >. Acesso em 19/10/2022.

LUZ, Beatriz Alves da. CEJUSC de Araguaína realiza Projeto Constelação Sistêmica para estimular autocomposição entre as partes. **Tribunal de Justiça do Tocantins**. 12 de

setembro de 2019. Disponível em < <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/6601-cejusc-de-araguaina-realiza-projeto-constelacao-sistemica-para-estimular-autocomposicao-entre-as-partes> >. Acesso em 17/10/2022.

LOPES, Arianne. Modelo de Conciliação e Mediação do TJGO é exemplo para tribunal do Acre. **Tribunal de Justiça de Goiás**. 04 de agosto de 2016. Disponível em < <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/17-tribunal/7002-modelo-de-conciliacao-e-mediacao-do-tjgo-e-exemplo-para-tribunal-do-acre> >. Acesso em 18/10/2022.

MACHADO, Amanda; SHIMADA, Francisco. Com mais de 20,3 mil processos em pauta, Semana da Conciliação começa em 05 de novembro no TJPE. **Tribunal de Justiça de Pernambuco**.

Disponível em < https://www.tjpe.jus.br/inicio?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2Finicio%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252F%26_3_keywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%2Bfamiliares%26_3_groupId%3D0&_101_assetEntryId=2066987&_101_type=content&_101_urlTitle=com-mais-de-20-3-mil-processos-em-pauta-semana-da-conciliacao-comeca-em-5-de-novembro-no-tjpe&_101_redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Finicio%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_redirect%3D%252Finicio%253Fp_p_id%253D3%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dmaximize%2526p_p_mode%253Dview%2526_3_struts_action%253D%25252Fsearch%25252Fsearch%2526_3_redirect%253D%25252F%2526_3_keywords%253Dconstela%2525C3%2525A7%2525C3%2525B5es%252Bfamiliares%2526_3_groupId%253D0%26_3_cur%3D1%26_3_keywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26_3_advancedSearch%3Dfalse%26_3_groupId%3D0%26_3_delta%3D20%26_3_resetCur%3Dfalse%26_3_andOperator%3Dtrue%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Finicio%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_redirect%3D%252Finicio%253Fp_p_id%253D3%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dmaximized%2526p_p_mode%253Dview%2526_3_struts_action%253D%25252Fsearch%25252Fsearch%2526_3_redirect%253D%25252F%2526_3_keywords%253Dconstela%2525C3%2525A7%2525C3%2525B5es%252Bfamiliares%2526_3_groupId%253D0%26_3_cur%3D1%26_3_keywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26_3_advancedSearch%3Dfalse%26_3_groupId%3D0%26_3_delta%3D20%26_3_resetCur%3Dfalse%26_3_andOperator%3Dtrue%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch&inheritRedirect=true >. Acesso em 19/10/2022.

MARESSA, Keila. Direito Sistêmico é tema de curso no TJMT. **Tribunal de Justiça de Mato Grosso**. 19 de fevereiro de 2016. Disponível em < <https://www.tjmt.jus.br/noticias/43173#.Y1Lh6XbMLIV> >. Acesso em 18/10/2022.

MARINHO, Álvaro. Desembargadora Clarice é coautora de livro que aborda práticas sistêmicas. **Tribunal de Justiça de Mato Grosso**. 10 de dezembro de 2020. Disponível em < <https://www.tjmt.jus.br/noticias/62798#.Y1Ln4HbMLIV> >. Acesso em 18/10/2022.

MARQUES, Karin Maria Montenegro. **Constelação Familiar, Resolução de Conflitos e Sistema Judicial: um olhar a partir dos princípios da legalidade, laicidade e legitimidade**.

Maceió: Unit, 2020.

MARQUES, Maikel. Magistrados e servidores aprimoram conhecimento em solução de conflitos. **Tribunal de Justiça de Alagoas**. 04 de maio de 2016. Disponível em < <https://www.tjal.jus.br/noticias.php?pag=lerNoticia¬=9902> >. Acesso em 18/10/2022.

MARQUES, Priscilla. Coordenadoria Estadual da Família realiza 1º Encontro de Acolhimento às equipes técnicas da área. **Tribunal de Justiça de Pernambuco**. 08 de abril de 2021. Disponível em < https://www.tjpe.jus.br/-/coordenadoria-estadual-da-familia-realiza-1-encontro-de-acolhimento-as-equipes-tecnicas-da-area?redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Finicio%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_redirect%3D%252Finicio%253Fp_p_id%253D3%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dmaximized%2526p_p_mode%253Dview%2526_3_struts_action%253D%25252Fsearch%25252Fsearch%2526_3_redirect%253D%25252F%2526_3_keywords%253Dconstela%2525C3%2525A7%2525C3%2525B5es%252Bfamiliares%2526_3_groupId%253D0%26_3_cur%3D1%26_3_keywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26_3_advancedSearch%3Dfalse%26_3_groupId%3D0%26_3_delta%3D20%26_3_resetCur%3Dfalse%26_3_andOperator%3Dtrue%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch&inheritRedirect=true >. Acesso em 19/10/2022.

MATTEU, Douglas de; BRANCA, Carla Alessandra. **O Futuro Humanizado do Direito**. São Paulo: Literare Books International, 2020.

MEDEIROS, Ângelo. Academia abre a magistrados vagas remanescentes para curso de Direito Sistêmico. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. 16 de fevereiro de 2017. Disponível em < https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/academia-abre-a-magistrados-vagas-remanescentes-para-curso-de-direito-sistêmico?p_l_back_url=%2Fpesquisa%3Fq%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26 >

[category%3D3552887%26type%3Dcom.liferay.journal.model.JournalArticle%26delta%3D20%26start%3D2](https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/conhecimento-e-informacao-no-combate-a-violencia-contramulher-na-comarca-do-indaial?p_l_back_url=%2Fpesquisa%3Fq%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26category%3D3552887%26type%3Dcom.liferay.journal.model.JournalArticle%26delta%3D20%26start%3D2) >. Acesso em 18/10/2022.

MEDEIROS, Ângelo. Conhecimento e informação no combate à violência contra a mulher na comarca de Indaial. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. 05 de agosto de 2019. Disponível em < https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/conhecimento-e-informacao-no-combate-a-violencia-contramulher-na-comarca-do-indaial?p_l_back_url=%2Fpesquisa%3Fq%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26category%3D3552887%26type%3Dcom.liferay.journal.model.JournalArticle%26delta%3D20%26start%3D2 >. Acesso em 18/10/2022.

MEDEIROS, Ângelo. Curiosos sobre Constelações lotam evento do projeto Justiça Sistêmica em Blumenau. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. 10 de maio de 2019. Disponível em < https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/curiosos-sobre-constelacoes-lotam-evento-do-projeto-justica-sistemica-em-blumenau?p_l_back_url=%2Fpesquisa%3Fq%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26category%3D3552887%26type%3Dcom.liferay.journal.model.JournalArticle%26delta%3D20%26start%3D1 >. Acesso em 18/10/2022.

MEDEIROS, Ângelo. Desembargadora Hildemar Meneguzzi vai palestrar sobre Direito Sistêmico em Blumenau. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. 14 de setembro de 2018. Disponível em < https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/desembargadora-hildemar-meneguzzi-vai-palestrar-sobre-direito-sistemico-em-blumenau?p_l_back_url=%2Fpesquisa%3Fq%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26category%3D3552887%26type%3Dcom.liferay.journal.model.JournalArticle%26delta%3D20%26start%3D2 >. Acesso em 18/10/2022.

MEDEIROS, Ângelo. Detentos do Vale do Itapocu têm apoio da parapsicologia para promover “detox” mental. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. 06 de novembro de 2019. Disponível em < https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/detentos-do-vale-do-itapocu-tem-apoio-da-parapsicologia-para-promover-detox-mental?p_l_back_url=%2Fpesquisa%3Fq%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26category%3D3552887%26type%3Dcom.liferay.journal.model.JournalArticle%26delta%3D20%26start%3D2 >. Acesso em 18/10/2022.

MEDEIROS, Ângelo. Judiciário inicia ano novo com mais 9 servidores com mestrado profissional pela UFSC. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. 07 de janeiro de 2019. Disponível em < https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/judiciario-inicia-ano-novo-com-mais-9-servidores-com-mestrado-profissional-pela-ufsc?p_l_back_url=%2Fpesquisa%3Fq%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26category%3D3552887%26type%3Dcom.liferay.journal.model.JournalArticle%26delta%3D20%26start%3D2 >. Acesso em 18/10/2022.

[ory%3D3552887%26type%3Dcom.liferay.journal.model.JournalArticle%26delta%3D20%26start%3D3 >](#). Acesso em 18/10/2022.

MEDEIROS, Ângelo. Juíza Carolina Ranzolin fala ao JL sobre reflexo da Lei Antidrogas em Vara Criminal. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. 16 de maio de 2017. Disponível em < https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/juiza-carolina-ranzolin-fala-ao-jl-sobre-reflexo-da-lei-antidrogas-em-vara-criminal?p_l_back_url=%2Fpesquisa%3Fq%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26category%3D3552887%26type%3Dcom.liferay.journal.model.JournalArticle%26delta%3D20%26start%3D3 >. Acesso em 18/10/2022.

MEDEIROS, Ângelo. Projeto Justiça Sistêmica realiza palestra sobre amor e conflitos entre pais e filhos. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. 02 de agosto de 2018. Disponível em < https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/projeto-justica-sistemica-realiza-palestra-sobre-amor-e-conflitos-entre-pais-e-filhos?p_l_back_url=%2Fpesquisa%3Fq%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26category%3D3552887%26type%3Dcom.liferay.journal.model.JournalArticle%26delta%3D20%26start%3D3 >. Acesso em 10/08/2022.

MENDES, Renata. Magistrados do Poder Judiciário participam de workshop sobre Constelação Familiar. **Tribunal de Justiça do Tocantins**. 05 de março de 2018. Disponível em < <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/5318-magistrados-do-poder-judiciario-participam-de-workshop-sobre-constelacao-familiar> >. Acesso em 17/10/2022.

MENDONÇA, Vanessa. EJUD-PI e NUPEMEC promovem webinar sobre Constelações Familiares para Resolução de Conflitos. **Tribunal de Justiça do Piauí**. 03 de novembro de 2020. Disponível em < <https://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/tjpi/noticias-tjpi/ejud-pi-e-nupemec-promovem-webinario-sobre-constelacoes-familiares-para-a-resolucao-de-conflitos/> >. Acesso em 19/10/2022.

MESSIAS, JEFFERSON. Direito Sistêmico e as Constelações Familiares. **Justiça em Revista**. São Paulo. Ed. 67, p. 8-9, outubro de 2018. Disponível em < <https://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/revista/2018/JR0067.pdf> >. Acesso em 18/10/2022.

MIGLIARI, Daniela; STORCH, Sami. **A origem do direito sistêmico: Pioneiro do movimento**

de transformação da Justiça com as Constelações Familiares. 1ª. Ed. Brasília: Tagore, 2020.

OLIVEIRA, Jefferson Gonçalves de. CEJUSC realiza palestra sobre Leis Sistêmicas a Serviço da Reconciliação - Constelações Familiares no Judiciário. **Tribunal de Justiça do Piauí**. 05

de novembro de 2018. Disponível em < <https://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/tjpi/noticias-tjpi/palestra-leis-sistemicas-a-servico-da-reconciliacao-constelacoes-familiares-no-judiciario/> >. Acesso em 19/10/2022.

PAIVA, Gustavo. Programa Rede Mulher em Paz ganha Prêmio AMAERJ Patrícia Acioli. **Tribunal de Justiça de Goiás**. 07 de novembro de 2017. Disponível em < <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/147-destaque2/3768-programa-rede-mulher-em-paz-e-finalista-da-6-edicao-do-premio-amaerj-patricia-acioli-de-direitos-humanos> >. Acesso em 18/10/2022.

PAIVA, Gustavo. TJGO receberá representantes do TJDF nesta sexta-feira, 20. **Tribunal de Justiça de Goiás**. 19 de maio de 2016. Disponível em < <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/17-tribunal/8800-tjgo-recebera-nesta-sexta-feira-20-representantes-do-tribunal-de-justica-do-distrito-federal-e-territorios> >. Acesso em 18/10/2022.

PINDAMONHANGABA REALIZA PRIMEIRA SESSÃO DE CONSTELAÇÃO FAMILIAR. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. 25 de setembro de 2017. Disponível em < <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=48871> >. Acesso em 18/10/2022.

PINHEIRO, Janã. Estações terapêuticas atendem 180 famílias em VG. **Tribunal de Justiça de Mato Grosso**. 27 de junho de 2016. Disponível em < <https://www.tjmt.jus.br/noticias/44789#.Y1Lkk3bMLIV> >. Acesso em 18/10/2022.

PINHEIRO, Janã. MT terá o 1º CEJUSC da Infância e Juventude. **Tribunal de Justiça de Mato Grosso**. 09 de março de 2016. Disponível em < <https://www.tjmt.jus.br/noticias/43460#.Y1Lik3bMLIV> >. Acesso em 18/10/2022.

QUEZADA, Fabiana; ROMA, Andreia. **Pensamento sistêmico: Abordagem Sistêmica aplicada ao Direito**. 1ª. Ed. São Paulo: Leader, 2019.

RIBEIRO, Anna Carla. CEJ debate adoção de adolescentes. **Tribunal de Justiça do Pará**. 27 de novembro de 2020. Disponível em < <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/1153116-cej-debate-adoacao-de-adolescentes.xhtml> >. Acesso em 17/10/2022.

RIBEIRO, Anna Carla. Pacificação social é saída para litígios judiciais. **Tribunal de Justiça do Pará**. 28 de agosto de 2019. Disponível em < <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/988104-semana-juridica-aborda-pacificacao-social.xhtml> >. Acesso em 17/10/2022.

SHELDRAKE, Rupert. **Uma Nova Ciência da Vida**. Tradução de Marcello Borges. 1ª. Ed.

São Paulo: Cultrix, 2013.

SILVA, Acaray M. Divulgada a programação da 8ª Semana Nacional da Justiça pela Paz em Casa em Jataí. **Tribunal de Justiça de Goiás**. 17 de agosto de 2017. Disponível em < <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/17-tribunal/4342-divulgada-programacao-da-8-semana-nacional-da-justica-pela-paz-em-casa-em-jatai> >. Acesso em 18/10/2022.

SILVA, Elza. CEJUSCS atingem 100% de acordos em mediações pré-processuais na Semana da Conciliação. **Tribunal de Justiça de Espírito Santo**. 04 de dezembro de 2020. Disponível em < <http://www.tjes.jus.br/cejuscs-obtiveram-100-de-acordos-em-mediacoes-pre-processuais-durante-a-semana-nacional-da-conciliacao/> >. Acesso em 18/10/2022.

SILVA, Miguel Antônio de Mello. **Constelações Sistêmicas: Fundamentos**. 1ª. Ed. Campinas: autopublicação, 2021.

SOUZA, Rafaela. Justiça Sistêmica: Vara de Família do Foro Regional de Alto Petrópolis realizará Constelação Familiar em processos a partir de amanhã. **Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul**. 20 de outubro de 2021. Disponível em < <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/justica-sistemica-vara-de-familia-do-foro-regional-do-alto-petropolis-realizara-constelacao-familiar-em-processos-a-partir-de-amanha/> >. Acesso em 18/10/2022.

SOUZA, Thaynann Thomaz. **Direito Sistêmico: uma análise da Constelação Familiar como instrumento sistêmico de humanização do Direito**. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

TJAC - Tribunal de Justiça do Estado do Acre. **Grupo reflexivo da Justiça Acreana atua na prevenção à violência doméstica**. 06 de janeiro de 2020. Disponível em < <https://www.tjac.jus.br/2020/01/grupo-reflexivo-da-justica-acreana-atua-na-prevencao-a-violencia-domestica/> >. Acesso em: 17/10/2022.

TJAC - Tribunal de Justiça do Estado do Acre. **Reunião marca fim de atividades de preparação para receber programa de justiça restaurativa no Acre**. 06 de julho de 2021. Disponível em < <https://www.tjac.jus.br/2021/07/reuniao-marca-fim-de-atividades-de-preparacao-para-receber-programa-justica-restaurativa-no-acre/> >. Acesso em 17/10/2022.

TJAL - Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. **Desembargadores e Juízes participam de curso sobre Constelações Familiares.** 09 de dezembro de 2015. Disponível em < <https://www.tjal.jus.br/noticias.php?pag=lerNoticia¬=9408> >. Acesso em 18/10/2022.

TJAL - Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. **Juiz Yulli Roter debate Constelação Familiar durante evento em Brasília.** 12 de abril de 2018. Disponível em < <https://www.tjal.jus.br/noticias.php?pag=lerNoticia¬=13167> >. Acesso em 18/10/2022.

TJAL - Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. **Mutirão de audiência na 2ª Vara de União agiliza processos da área de Família.** 22 de novembro de 2018. Disponível em < <https://www.tjal.jus.br/noticias.php?pag=lerNoticia¬=14265> >. Acesso em 18/10/2022.

TJAL - Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. **NUPEMEC inicia curso de constelações no sistema de solução de conflitos.** 08 de setembro de 2021. Disponível em < <https://www.tjal.jus.br/noticias.php?pag=lerNoticia¬=18616> >. Acesso em 18/10/2022.

TJAL - Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. **TJAL, MPE e Prefeitura de Coruripe garantem reinserção familiar de menores.** 15 de setembro de 2021. Disponível em < <https://www.tjal.jus.br/noticias.php?pag=lerNoticia¬=18647> >. Acesso em 18/10/2022.

TJAL - Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. **TJAL regulamenta o uso de Constelações Familiares nos processos judiciais.** 10 de maio de 2021. Disponível em < <https://www.tjal.jus.br/noticias.php?pag=lerNoticia¬=18225> >. Acesso em 18/10/2022.

TJBA - Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Comarca de Canavieiras realiza sessão de Constelação Familiar.** 21 de junho de 2018. Disponível em < <http://www5.tjba.jus.br/portal/comarca-de-canavieiras-realiza-sessao-de-constelacao-familiar/> >. Acesso em 18/10/2022.

TJBA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Comarca de Itabuna realiza workshop sobre constelação familiar.** 26 de dezembro de 2018. Disponível em < <http://www5.tjba.jus.br/portal/comarca-de-itabuna-realiza-workshop-sobre-constelacao-familiar/> >. Acesso em 18/10/2022.

TJBA - Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Comarca de Valença promove evento sobre constelações familiares na justiça nesta quarta-feira (8).** 06 de junho de 2016. Disponível em < <http://www5.tjba.jus.br/portal/comarca-de-valenca-promove-evento-sobre-constelacoes-familiares-na-justica-nesta-quarta-feira-8/> >. Acesso em 18/10/2022.

TJBA - Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Juiz de Amargosa participa de congresso internacional na Alemanha.** 22 de abril de 2015. Disponível em <

<http://www5.tjba.jus.br/portal/juiz-de-amargosa-participa-de-congresso-internacional-na-alemanha/> >. Acesso em 18/10/2022.

TJBA - Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Juiz Sami Storch ministra o workshop "Direito Sistêmico e as constelações aplicadas no judiciário"**. 25 de fevereiro de 2019. Disponível em < <http://www5.tjba.jus.br/portal/juiz-sami-storch-ministra-o-workshop-direito-sistêmico-e-as-constelacoes-aplicadas-no-judiciario/> >. Acesso em 18/10/2022.

TJBA - Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Juiz Sami Storch realiza workshop sobre Direito Sistêmico**. 22 de novembro de 2018. Disponível em < <http://www5.tjba.jus.br/portal/esa-realiza-workshop-sobre-direito-sistêmico-ministrado-pelo-juiz-sami-storch/> >. Acesso em 18/10/2022.

TJBA - Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Método das 'Constelações Familiares' fortalece solução de conflito na justiça**. 13 de junho de 2016. Disponível em < <http://www5.tjba.jus.br/portal/metodo-das-constelacoes-familiares-fortalece-solucao-de-conflitos-na-justica/> >. Acesso em 18/10/2022.

TJBA - Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Palestra vivencial estimula conciliação em questões familiares na comarca de Castro Alves**. 23 de outubro de 2012. Disponível em < <http://www5.tjba.jus.br/portal/palestra-vivencial-estimula-conciliacao-em-questoes-familiares-na-comarca-de-castro-alves/> >. Acesso em 18/10/2022.

TJBA - Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **TJBA é destaque em premiação do CNJ; Tribunal é campeão em número de conciliação**. 01 de julho de 2015. Disponível em < <http://www5.tjba.jus.br/portal/tjba-e-destaque-em-premiacao-no-cnj-tribunal-e-campeao-em-numero-de-conciliacoes/> >. Acesso em 18/10/2022.

TJBA - Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **UNICORP inscreve até dia 8 de junho (quarta-feira) para seminário constelações familiares**. 31 de maio de 2016. Disponível em < <http://www5.tjba.jus.br/portal/unicorp-inscreve-ate-dia-8-de-junho-quarta-feira-para-seminario-constelacoes-familiares/> >. Acesso em 18/10/2022.

TJBA - Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Vara de Violência Doméstica de Vitória da Conquista realiza Constelações Familiares com vítimas e agressores**. 02 de maio de 2019. Disponível em < <http://www5.tjba.jus.br/portal/vara-de-violencia-domestica-de-vitoria-da-conquista-realiza-constelacoes-familiares-com-vitimas-e-agressores/> >. Acesso em 18/10/2022.

TJCE - Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Palestra **"Constelações Sistêmicas no judiciário" será no próximo dia 22 na ESMEC**. 09 de fevereiro de 2018. Disponível em < <https://www.tjce.jus.br/noticias/palestra-constelacoes-sistemicas-no-judiciario-sera-no-proximo-dia-22-na-esmec/> >. Acesso em 18/10/2022.

TJCE - Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Presidente da Escola Nacional da Magistratura prestigia curso famílias e sociedade.** 14 de junho de 2018. Disponível em < <https://www.tjce.jus.br/noticias/presidente-da-escola-nacional-da-magistratura-prestigia-curso-familias-e-sociedade/> >. Acesso em 19/10/2022.

TJCE - Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Presidente do TJCE e primeira-dama do legislativo discutem ampliação de projetos voltados à solução de conflitos.** 03 de fevereiro de 2022. Disponível em <<https://www.tjce.jus.br/noticias/presidente-do-tjce-e-primeira-dama-do-legislativo-discutem-ampliacao-de-projetos-voltados-a-solucao-de-conflitos/>>. Acesso em 19/10/2022.

TJCE - Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Vara de Penas Alternativas recebe grupo de leitura em Constelação Familiar.** 27 de março de 2017. Disponível em < <https://www.tjce.jus.br/noticias/vara-de-penas-alternativas-recebe-grupo-de-leitura-em-constelacao-familiar/> >. Acesso em 19/10/2022.

TJCE - Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Vice-Governadora e Vara de Penas Alternativas realizam reunião de fórum de mediação.** 27 de junho de 2018. Disponível em < <https://www.tjce.jus.br/noticias/vice-governadoria-e-vara-de-penas-alternativas-realizam-reuniao-de-forum-de-mediacao/> >. Acesso em 19/10/2022.

TJDFT - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Práticas integrativas em saúde.** 04 de agosto de 2020. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/programas-projetos-e-acoes/anjos/site-anjos-do-amanha/acoes/copy_of_praticas-integrativas-em-saude >. Acesso em 17/10/2022.

TJDFT - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **TJDFT começa a usar Constelações na resolução de conflitos.** Fevereiro de 2016. Disponível em < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/fevereiro/tjdft-comeca-a-usar-constelacoes-familiares-na-resolucao-de-conflitos> >. Acesso em 17/10/2020.

TJGO - Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Justiça terapêutica lança prática restaurativa no âmbito da violência doméstica contra a mulher.** 26 de maio de 2017. Disponível em < <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/17-tribunal/4883-justica-terapeutica-lanca-pratica-restaurativa-no-ambito-da-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher> >. Acesso em 18/10/2022.

TJMT - Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Constelação Familiar é tema de palestra em Sorriso.** 10 de setembro de 2015. Disponível em < <https://www.tjmt.jus.br/noticias/41150#.Y1Lgw3bMLIV> >. Acesso em 18/10/2022.

TJMT - Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Constelação pode ser mecanismo de audiências em MT.** 26 de junho de 2015. Disponível em < <https://www.tjmt.jus.br/noticias/40113#.Y1LgKnbMLIV> >. Acesso em 18/10/2022.

TJMT - Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Coordenadoria da Infância e Juventude: Relatório Biênio 2015-2016.** Disponível em < <https://www5.tjms.jus.br/estaticos/infanciaejuventude/revista/relatorioCIJ20152016.pdf> >. Acesso em 18/10/2022.

TJMT - Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Encontro reunirá juízes coordenadores de CEJUSCS.** 24 de junho de 2015. Disponível em < <https://www.tjmt.jus.br/noticias/40067#.Y1Lfj3bMLIV> >. Acesso em 18/10/2022.

TJMT - Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Núcleo de conciliação consolida trabalho em 2015.** 10 de fevereiro de 2016. Disponível em < <https://www.tjmt.jus.br/noticias/43041#.Y1LhWnbMLIV> >. Acesso em 18/10/2022.

TJMT - Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Sinop realiza primeira edição do "Olhar Sistemático".** 05 de julho de 2016. Disponível em < <https://www.tjmt.jus.br/noticias/44885#.Y1LIGXbMLIV> >. Acesso em 18/10/2022.

TJMG - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Comarca de Contagem adota Constelação Sistêmica.** 13 de novembro de 2017. Disponível em < <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/comarca-de-contagem-adota-constelacao-sistemica.htm#.Y1cXEHbMLIV> >. Acesso em 18/10/2022.

TJMG - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Comarca de João Monlevade lança projeto de Constelação Sistêmica.** 13 de agosto de 2021. Disponível em < <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/comarca-de-joao-monlevade-lanca-projeto-de-constelacao-sistemica-8A80BCE67B3117EF017B3FCFA90C1403.htm#.Y1cZ53bMLIV> >. Acesso em 18/10/2022.

TJMG - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Constelação Sistêmica é tema de seminário no TJMG.** 24 de abril de 2018. Disponível em < <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/constelacao-sistemica-e-tema-de-seminario-no-tjmg.htm#.Y1cXnHbMLIV> >. Acesso em 18/10/2022

TJMG - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Contagem promove debate sobre violência doméstica.** 26 de novembro de 2018. Disponível em <

<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/contagem-promove-debate-sobre-violencia-domestica.htm#.Y1cY2HbMLIV> >. Acesso em 18/10/2022.

TJMG - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Ipatinga realiza oficina para pais e filhos.** 25 de julho de 2018. Disponível em < <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/ipatinga-realiza-oficina-para-pais-e-filhos.htm#.Y1cYUnbMLIV> >. Acesso em 18/10/2022.

TJMG - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Magistrados workshop sobre Direito Sistêmico.** 14 de setembro de 2017. Disponível em < <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/magistrados-participam-de-workshop-sobre-direito-sistemico.htm#.Y1cWgHbMLIV> >. Acesso em 18/10/2022.

TJMG - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **TJMG regulamenta uso das Constelações Sistêmicas nos CEJUCS.** 26 de março de 2021. Disponível em < <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-regulamenta-uso-das-constelacoes-sistemicas-nos-cejuscs.htm#.Y1cZa3bMLIV> >. Acesso em 18/10/2022.

TJPA - Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Com foco na solução de conflitos, Belém conhece Constelação Familiar.** 30 de agosto de 2016. Disponível em < <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/350722-Com-foco-na-solucao-de-conflitos--Belem-conhece-constelacao-familiar.xhtml> >. Acesso em 17/10/2022.

TJPA - Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Justiça usa novo método para resolver conflitos.** 05 de junho de 2017. Disponível em < <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/558740-Justica-usa-novo-metodo-para-resolver-conflitos.xhtml> >. Acesso em 17/10/2022.

TJPA - Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Novas Aquisições.** 23 de agosto de 2022. Disponível em < <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Biblioteca/834-Novas-Aquisicoes.xhtml> >. Acesso em 17/10/2022.

TJPA - Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Projeto de Constelação Familiar chega em agosto à justiça paraense.** 09 de junho de 2016. Disponível em < <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/337719-Projeto-de-constelacao-familiar-chega-em-agosto-a-Justica-paraense.xhtml> >. Acesso em 17/10/2022.

TJPA - Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Terapia ajuda a pacificar conflitos judiciais.** 11 de março de 2015. Disponível em <

<https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/2341-Terapia-pacifico-conflitos-judiciais.xhtml> >. Acesso em 17/10/2022.

TJPB - Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **ESMA conclui curso sobre Constelação Familiar e Direito Sistêmico nesta sexta.** 22 de março de 2019. Disponível em < <https://www.tjpb.jus.br/noticia/esma-conclui-curso-sobre-constelacao-familiar-e-direito-sistêmico-nesta-sexta> >. Acesso em 19/10/2022.

TJPB - Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **Juízes paraibanos estão participando do FONAVID na cidade de Natal.** 10 de novembro de 2017. Disponível em < <https://www.tjpb.jus.br/noticia/juizes-paraibanos-estao-participando-do-fonavid-na-cidade-de-natal> >. Acesso em 19/10/2022.

TJPB - Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **Juízes participam de curso sobre Constelação Familiar e Direito Sistêmico na ESMA.** 21 de março de 2019. Disponível em < <https://www.tjpb.jus.br/noticia/juizes-participam-de-curso-sobre-constelacao-familiar-e-direito-sistêmico-na-esma> >. Acesso em 19/10/2022.

TJPE - Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. **Um novo olhar para conciliar.** 22 de setembro de 2020. Disponível em < https://www.tjpe.jus.br/inicio?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2Finicio%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252F%26_3_keywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%2Bfamiliares%26_3_groupId%3D0&_101_assetEntryId=2580509&_101_type=document&_101_showComments=true&_101_redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Finicio%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_redirect%3D%252Finicio%253Fp_p_id%253D3%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dmaximized%2526p_p_mode%253Dview%2526_3_struts_action%253D%25252Fsearch%25252Fsearch%2526_3_redirect%253D%25252F%2526_3_keywords%253Dconstela%2525C3%2525A7%2525C3%2525B5es%252Bfamiliares%2526_3_groupId%253D0%26_3_cur%3D1%26_3_keywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26_3_advancedSearch%3Dfalse%26_3_groupId%3D0%26_3_delta%3D20%26_3_resetCur%3Dfalse%26_3_andOperator%3Dtrue%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch >. Acesso em 19/10/2022.

TJPE - Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. **Vara da Mulher de Igarassu realiza palestra sobre constelação familiar.** Disponível em < https://www.tjpe.jus.br/inicio?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2Finicio%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252F%26_3_keywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26_3_groupId%3D0&_101_assetEntryId=2580509&_101_type=document&_101_showComments=true&_101_redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Finicio%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_redirect%3D%252Finicio%253Fp_p_id%253D3%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dmaximized%2526p_p_mode%253Dview%2526_3_struts_action%253D%25252Fsearch%25252Fsearch%2526_3_redirect%253D%25252F%2526_3_keywords%253Dconstela%2525C3%2525A7%2525C3%2525B5es%252Bfamiliares%2526_3_groupId%253D0%26_3_cur%3D1%26_3_keywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26_3_advancedSearch%3Dfalse%26_3_groupId%3D0%26_3_delta%3D20%26_3_resetCur%3Dfalse%26_3_andOperator%3Dtrue%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch >

[https://www.tjpe.jus.br/finicio/3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%263_redirect%3D%252Finicio%253Fp_p_id%253D3%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dmaximized%2526p_p_mode%253Dview%25263_struts_action%253D%25252Fsearch%25252Fsearch%25263_redirect%253D%25252F%25263_keywords%253Dconstela%2525C3%2525A7%2525C3%2525B5es%252Bfamiliares%25263_groupId%253D0%263_cur%3D1%263_keywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%263_advancedSearch%3Dfalse%263_groupId%3D0%263_delta%3D20%263_resetCur%3Dfalse%263_andOperator%3Dtrue%263_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch&inheritRedirect=true](https://www.tjpe.jus.br/finicio/3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%263_redirect%3D%252Finicio%253Fp_p_id%253D3%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dmaximized%2526p_p_mode%253Dview%25263_struts_action%253D%25252Fsearch%25252Fsearch%25263_redirect%253D%25252F%25263_keywords%253Dconstela%2525C3%2525A7%2525C3%2525B5es%252Bfamiliares%25263_groupId%253D0%263_cur%3D1%263_keywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%263_advancedSearch%3Dfalse%263_groupId%3D0%263_delta%3D20%263_resetCur%3Dfalse%263_andOperator%3Dtrue%263_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Finicio%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%263_redirect%3D%252Finicio%253Fp_p_id%253D3%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dmaximized%2526p_p_mode%253Dview%25263_struts_action%253D%25252Fsearch%25252Fsearch%25263_redirect%253D%25252F%25263_keywords%253Dconstela%2525C3%2525A7%2525C3%2525B5es%252Bfamiliares%25263_groupId%253D0%263_cur%3D1%263_keywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%263_advancedSearch%3Dfalse%263_groupId%3D0%263_delta%3D20%263_resetCur%3Dfalse%263_andOperator%3Dtrue%263_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch&inheritRedirect=true) >. Acesso em 19/10/2022.

TJPR - Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **CEJUSC de União Vitória inicia trabalho com novas técnicas de resolução de conflitos.** 02 de maio de 2017. Disponível em < https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jzB/content/cejusc-de-uniao-da-vitoria-inicia-trabalho-com-novas-tecnicas-de-solucao-de-conflitos/18319 >. Acesso em 18/10/2022.

TJRJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **CEJUSC da Leopoldina: Uso de videoconferência permite a realização de mais de 500 sessões.** 21 de dezembro de 2020. Disponível em < <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7767228#:~:text=Transpar%C3%AAncia-,CEJUSC%20da%20Leopoldina%3A%20uso%20de%20videoconfer%C3%AAncia%20permi%20te%20a%20de%20mais%20de%20500%20sess%C3%B5es&text=A%20Casa%20da%20Fam%C3%ADlia%20do,a%20pandemia%20de%20Covid%2D19> >. Acesso em 18/10/2022.

TJRJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Indicada ao INNOVARE 2019, peça casa da família será encenada no antigo Palácio da Justiça.** 19 de junho de 2019. Disponível em < <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6483392> >. Acesso em 18/10/2022.

TJRJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Peça de teatro leva emoção, conhecimento e reflexão sobre ações humanizadas da justiça.** 10 de dezembro de 2018. Disponível em < <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6051764> >. Acesso em 18/10/2022.

TJRJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Projeto constelações humaniza soluções de conflitos em vara de família do TJRJ.** 16 de março de 2017. Disponível em < <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5192844> >. Acesso em 18/10/2022.

TJRO - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **ACUDA.** Disponível em < <https://www.tjro.jus.br/varas-ep-acuda> >. Acesso em 17/10/2022.

TJRO - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Clipping de Notícias.** 17 de novembro de 2014. Disponível em < <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/4073-clipping-de-noticias> >. Acesso em 17/10/2022.

TJRO - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Constelação Familiar: Juízes recebem certificado de formação.** 30 de agosto de 2018. Disponível em < <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/9687-se-a-vida-ensina-eu-sou-aprendiz-do-judiciario-rondoniense-desperta-interesse-da-vara-da-infancia-de-rio-branco-acre> >. Acesso em 17/10/2022.

TJRO - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Constelação Familiar, Justiça Restaurativa e Mediação é tema de palestra promovida pela EMERON.** 11 de abril de 2016. Disponível em < <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/6063-constelacao-familiar-justica-restaurativa-e-mediacao-e-tema-de-palestra-promovida-pela-emeron#> >. Acesso em 17/10/2022.

TJRO - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Escola da magistratura inicia programação de 2017.** 10 de fevereiro de 2017. Disponível em < <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/7233-escola-da-magistratura-inicia-programacao-2017> >. Acesso em 17/10/2022.

TJRO - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Inovações na justiça: O direito sistêmico como meio de solução.** 16 de abril de 2018. Disponível em < <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/9190-inovacoes-na-justica-o-direito-sistêmico-como-meio-de-solucao> >. Acesso em 17/10/2022.

TJRO - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **IV Semana de enfrentamento à alienação parental terá ação de mobilização no shopping.** 29 de abril de 2019. Disponível em < <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/10881-iv-semana-de> >.

enfrentamento-a-alienacao-parental-tera-acao-de-mobilizacao-no-shopping >. Acesso em 17/10/2022.

TJRO - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Juízas de Rondônia ministram módulo da “ Formação de Juízes em Constelação Familiar”**. 17 de fevereiro de 2016. Disponível em < tjro.jus.br/noticias/item/5833-juizas-de-rondonia-ministram-modulo-da-formacao-de-juizes-em-constelacao-familiar >. Acesso em 17/10/2022.

TJRO - Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **Justiça Restaurativa é nova ação inovadora do judiciário na solução de conflitos**. 03 de outubro de 2017. Disponível em < <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/8414-justica-restaurativa-e-nova-acao-inovadora-do-judiciario-na-solucao-de-conflitos> >. Acesso em 17/10/2022.

TJRO - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Justiça Restaurativa é tema de curso para magistrados do judiciário de Rondônia**. 07 de abril de 2018. Disponível em < <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/9146-justica-restaurativa-e-tema-de-curso-para-magistrados-do-judiciario-de-rondonia> >. Acesso em 17/10/2022.

TJRO - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Se a vida ensina eu sou aprendiz, do judiciário rondoniense desperta interesse da vara da infância de Rio Branco - Acre**. 01 de agosto de 2018. Disponível em < <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/9687-se-a-vida-ensina-eu-sou-aprendiz-do-judiciario-rondoniense-desperta-interesse-da-vara-da-infancia-de-rio-branco-acre> >. Acesso em 17/10/2022.

TJRO - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **TJRO é o primeiro a formar juízes em Constelação Familiar**. 31 de agosto de 2018. Disponível em < <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/9866-tjro-e-o-primeiro-a-formar-juizes-em-constelacao-familiar> >. Acesso em 17/10/2022.

TJRO - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **TJRO inicia projeto com uso das Constelações Familiares nas varas de família da capital**. 04 de junho de 2018. Disponível em < <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/9453-tjro-inicia-projeto-com-uso-das-constelacoes-familiares-nas-varas-de-familia-da-capital> >. Acesso em 17/10/2022.

TJRO - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Vídeo: Magistrados acompanham terapia aplicada a presos que frequentam a ACUDA**. 18 de fevereiro de 2016. Disponível em < <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/5839-video-magistrados-acompanham-terapia-aplicada-a-presos-que-frequentam-a-acuda> >. Acesso em 17/10/2022.

TJSC - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **CEJUSC de Blumenau celebra consolidação da cultura da paz 2 anos após reinauguração**. 30 de setembro de 2020.

Disponível em < https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/cejusc-de-blumenau-celebra-consolidacao-da-cultura-da-paz-2-anos-apos-reinauguracao?p_l_back_url=%2Fpesquisa%3Fq%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5e%26category%3D3552887%26type%3Dcom.liferayjournal.model.JournalArticle%26delta%3D20%26start%3D3 >. Acesso em 18/10/2022.

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **AURIFLAMA recebe unidade do CEJUSC e VOTORANTIM promove palestra sobre Direito Sistêmico.** 07 de dezembro de 2018. Disponível em < <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=55292> >. Acesso em 18/10/2022.

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **CEJUSC de Itapeçerica da Serra inicia projeto-piloto sobre 'Constelação Sistêmica'.** 20 de setembro de 2018. Disponível em < <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=52515> >. Acesso em 18/10/2022.

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **CEJUSCS promovem atividades em prol da conciliação.** 12 de agosto de 2018. Disponível em < <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=52068> >. Acesso em 18/10/2022.

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **'Comarca Terapêutica' aplica Constelação Familiar e Justiça Restaurativa em São José dos Campos.** 29 de maio de 2018. Disponível em < <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=51664> >. Acesso em 18/10/2022.

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Combate à Violência Doméstica é destaque na semana da Justiça pela Paz em Casa.** 28 de agosto de 2019. Disponível em < <https://tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=58638> >. Acesso em 18/10/2022.

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **EJUS e CEJUSC promovem palestra sobre uso das "Constelações Familiares" em solução de conflitos.** 30 de agosto de 2018. Disponível em < <https://www.tjsp.jus.br/ejus/Noticias/Visualizar/52296> >. Acesso em 18/10/2022.

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Fórum da Pena promove capacitação para profissionais de serviços de acolhimento.** 13 de dezembro de 2018. Disponível em < <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=55338> >. Acesso em 18/10/2022.

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Servidores acompanham palestra online sobre relacionamento familiar em tempos de isolamento social.** 29 de maio de 2020. Disponível em < <https://www.tjsp.jus.br/ejus/Noticias/Visualizar/61330> >. Acesso em 18/10/2022.

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Vara da Infância de Sorocaba promove palestra sobre relações familiares.** 17 de fevereiro de 2018. Disponível em < <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=50213> >. Acesso em 18/10/2022.

TJTO - Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **CEJUSC Araguaína debate sobre Constelação Familiar.** 16 de abril de 2019. Disponível em < <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/6266-cejusc-araguaina-promove-debate-sobre-constelacao-familiar> >. Acesso em 17/10/2022.

TJTO - Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Com seminário sobre solução de conflitos, judiciário tocantinense oferece à sociedade palestras e temas vitais para a sociedade, avalia presidente do TJTO.** 09 de outubro de 2021. Disponível em < <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/8199-com-seminario-sobre-solucao-de-conflitos-judiciario-tocantinense-oferece-a-sociedade-palestras-e-temas-vitais-para-a-sociedade-avalia-presidente-do-tjto> >. Acesso em 17/10/2022.

VALLE, Tais. 2ª Vara de Família da Serra realiza oficina de Constelação Familiar. **Tribunal de Justiça de Espírito Santo.** 12 de julho de 2019. Disponível em < <http://www.tjes.jus.br/2o-vara-de-familia-da-serra-realiza-oficina-de-constelacao-familiar/> >. Acesso em 18/10/2022.

VELOSO, Ivone. TJPE expande técnica terapêutica de Constelação Familiar Sistêmica. **Tribunal de Justiça de Pernambuco.** Disponível em < https://www.tjpe.jus.br/inicio?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2Finicio%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252F%26_3_keywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%2Bfamiliares%26_3_groupId%3D0&_101_assetEntryId=2071283&_101_type=content&_101_urlTitle=tjpe-expande-tecnica-terapeutica-de-constelacao-familiar-sistemica&_101_redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Finicio%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_redirect%3D%252Finicio%253Fp_p_id%253D3%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dmaximized%2526p_p_mode%253Dview%2526_3_struts_action%253D%25252Fsearch%25252Fsearch%2526_3_redirect%253D%25252F%2526_3_keywords%253Dconstela%2525C3%2525A7%2525C3%2525B5es%252Bfamiliares%2526_3_groupId%253D0%26_3_cur%3D1%26_3_keywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26_3_advancedSearch%3Dfalse%26_3_groupId%3D0%26_3_delta%3D20%26_3_resetCur%3Dfalse%26_3_andOperator%3Dtrue%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Finicio%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized >

[%26p p mode%3Dview%26 3 redirect%3D%252Finicio%253Fp p id%253D3%2526p p lifecycle%253D0%2526p p state%253Dmaximized%2526p p mode%253Dview%2526 3 struts action%253D%25252Fsearch%25252Fsearch%2526 3 redirect%253D%25252F%2526 3 keywords%253Dconstela%2525C3%2525A7%2525C3%2525B5es%252Bfamiliares%2526 3 groupId%253D0%26 3 cur%3D1%26 3 keywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26 3 advancedSearch%3Dfalse%26 3 groupId%3D0%26 3 delta%3D20%26 3 resetCur%3Dfalse%26 3 andOperator%3Dtrue%26 3 struts action%3D%252Fsearch%252Fsearch&inheritRedirect=true > . Acesso em 19/10/2022.](#)

VELOSO, Ivone. TJPE introduz técnica terapêutica denominada Constelação Familiar para promover conciliações em ações de família. **Tribunal de Justiça de Pernambuco**. Disponível em < [VIANNA, Mariana. CEJUSC de Sorriso negocia mais de R\\$ 9 mi em 2016. **Tribunal de Justiça de Mato Grosso**. 06 de maio de 2016. Disponível em < \[VIANNA, Mariana. Vítimas de violência doméstica farão constelação. **Tribunal de Justiça de Mato Grosso**. 30 de maio de 2016. Disponível em < \\[WITT, Weber. Comarcas de Paranaiguara e Jataí realizam eventos durante 8ª Semana Nacional da Justiça pela Paz em Casa. **Tribunal de Justiça de Goiás**. 27 de agosto de 2017. Disponível em < \\\[318\\\]\\\(https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/17-tribunal/4277-comarcas-de-paranaiguara-e-jatai-realizam-evento-na-8-semana-nacional-da-justica-pela-paz-em-casa > . Acesso em 18/10/2022.</p></div><div data-bbox=\\\)\\]\\(https://www.tjmt.jus.br/noticias/44441#.Y1Lj83bMLIV > . Acesso em 18/10/2022.</p></div><div data-bbox=\\)\]\(https://www.tjmt.jus.br/noticias/44168#.Y1LjN3bMLIV > . Acesso em 18/10/2022.</p></div><div data-bbox=\)](https://www.tjpe.jus.br/-/tjpe-introduz-tecnica-terapeutica-denominada-constelacao-familiar-para-promover-conciliacoes-em-acoes-de-familia?redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Finicio%3Fp p id%3D3%26p p lifecycle%3D0%26p p state%3Dmaximized%26p p mode%3Dview%26 3 redirect%3D%252Finicio%253Fp p id%253D3%2526p p lifecycle%253D0%2526p p state%253Dmaximized%2526p p mode%253Dview%2526 3 struts action%253D%25252Fsearch%25252Fsearch%2526 3 redirect%253D%25252F%2526 3 keywords%253Dconstela%2525C3%2525A7%2525C3%2525B5es%252Bfamiliares%2526 3 groupId%253D0%26 3 cur%3D1%26 3 keywords%3Dconstela%25C3%25A7%25C3%25B5es%26 3 advancedSearch%3Dfalse%26 3 groupId%3D0%26 3 delta%3D20%26 3 resetCur%3Dfalse%26 3 andOperator%3Dtrue%26 3 struts action%3D%252Fsearch%252Fsearch&inheritRedirect=true > . Acesso em 19/10/2022.</p></div><div data-bbox=)

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: RECONHECIMENTO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO A FALTA DE AMPARO SOBRE OS DIREITOS DAS GESTANTES E ESTUDO DE CASO NA CIDADE DE RONDON DO PARÁ - PA

ANA BEATRIZ DIOGENES FREITAS CAVALCANTE BARBOSA:
Bacharelada em Direito pela Faculdade de Imperatriz – FACIMP

CARLOS EDUARDO FERREIRA COSTA³¹

ROSYVANIA ARAÚJO MENDES³²

(orientadores)

Resumo: A violência obstétrica possui uma ampla definição que compatibilizam em um mesmo denominador: aquela sofrida por mulheres em um momento de fragilidade, dor e anseios, sendo os atos praticados contra a mulher no exercício de sua saúde sexual e reprodutiva, podendo ser cometidos por profissionais de saúde, servidores públicos, profissionais técnico administrativos de instituição públicas e privadas, bem como civis, expressando-se de diversas maneiras, às vezes explícitas, às vezes veladas, em sua forma verbal, física, psicológica e até mesmo sexual. Este trabalho trata da análise e o reconhecimento da violência obstétrica no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de um estudo de caso na cidade de Rondon do Para - PA, é uma pesquisa de caráter descritivo e exploratório de uma abordagem quantitativa; quanto ao procedimento, classificada como pesquisa de campo e documental a partir da legislação. Nessa análise de caso, foi feito uma pesquisa pelo google docs, com mulheres da cidade de Rondon do Pará - PA que tiveram filhos no mês de outubro. O questionário obteve dezesseis respostas (16). A violência obstétrica é de uma forma de violação dos direitos das mulheres, sendo a principal forma a imposição de diversas formas de desrespeito no período gestacional, violência, parto e puerpério por parte dos profissionais e instituições de saúde, abrangendo - se também como violência de gênero.

Palavras-chave: Violência obstétrica; Direito da Mulher; Falta de Amparo; Violência de gênero.

Abstract: Obstetric violence has a broad definition that are compatible in a single denominator: that suffered by women in a moment of fragility, pain, and longing, being the acts committed against women in the exercise of their sexual and reproductive health,

31 Orientador, Doutor em Direito. Professor do curso de Direito da Faculdade de Imperatriz – FACIMP.

32 Co-orientadora, Mestre. Professora do curso de Direito da Faculdade de Imperatriz – FACIMP.

and can be committed by health professionals, public servants, technical administrative professionals from public and private institutions, as well as civilians, expressing themselves in various ways, sometimes explicit, sometimes veiled, in its verbal, physical, psychological, and even sexual form. This paper deals with the analysis and recognition of obstetric violence in the Brazilian legal system. It is a case study in the city of Rondon do Para - PA, it is a research of descriptive and exploratory nature of a quantitative approach; as for the procedure, classified as field and documentary research from the legislation. In this case analysis, a survey was done through google docs, with women from the city of Rondon do Pará - PA who had children in the month of October. The questionnaire obtained sixteen answers (16). Obstetric violence is a form of violation of women's rights, the main form being the imposition of various forms of disrespect in the gestational period, violence, childbirth and puerperium on the part of health professionals and institutions, covering - if also as gender violence.

Keywords: Obstetric Violence; Women's Rights; Lack of Support; Gender Violence.

1 INTRODUÇÃO

O gênero feminino por séculos foi considerado o sexo frágil da sociedade, sendo alvo de discriminação relacionada não somente a fatores biológicos, mas também culturais e sociais, a mulher dificilmente poderia ter o poder de decisão sobre sua vida e seu corpo, com comportamentos ditados e etiquetados pela sociedade (SILVA, 2010).

Por conta desse machismo estrutural enraizado, a sociedade acredita que o destino de uma verdadeira mulher é quando se torna mãe, estranhando-se quando uma delas opta por não ser visto que seus ideais se encontram em outros propósitos, evidenciando o fato de que, a mulher pode hoje, assumir papel ativo diante das suas escolhas, optando por não vivenciar a maternidade e não se sentir incompleta por isso, como também, serem livres para ter filhos, se assim desejarem. (BADINTER, 1985).

Apesar de imporem que o parto ou a gestação seja um momento lindo e humanizado, bastante romantizado pela sociedade, relata-se que uma quantidade significativa de mulheres vem relatando ter vivido esse momento de forma traumática, outras não puderam nem relatar suas histórias. Com intuito de devolver a mulher seu protagonismo durante parto e gestação foram criados movimentos com esse intuito.

A violência obstétrica possui uma ampla definição que compatibilizam em um mesmo denominador: aquela sofrida por mulheres em um momento de fragilidade, dor e anseios, sendo os atos praticados contra a mulher no exercício de sua saúde sexual e reprodutiva, podendo ser cometidos por profissionais de saúde, servidores públicos, profissionais técnico administrativos de instituição públicas e privadas, bem como civis,

expressando-se de diversas maneiras, às vezes explícitas, às vezes veladas, em sua forma verbal, física, psicológica e até mesmo sexual (CIELLO et al., 2012).

Embora a violência obstétrica seja um tipo específico de violência contra a mulher, muitas vezes a prática não chega a ser considerada como tal, entretanto, diversos autores já a reconhecem como violência de gênero. (MASCARENHAS; PEREIRA, 2017).

A princípio é destacar do que se trata a violência obstétrica, tendo em vista que pouco se é falado dessa temática, nada mais é que: o desrespeito à mulher, à sua autonomia, ao seu corpo e aos seus processos reprodutivos, podendo manifestar-se por meio de violência verbal, física ou sexual e pela adoção de intervenções e procedimentos desnecessários ou sem evidências científicas.

Este trabalho trata da análise sobre o reconhecimento da violência obstétrica no ordenamento jurídico brasileiro, falta de amparo das mulheres e estudo de caso acerca dela na cidade de Rondon do Pará - PA.

Mediante ao contexto, tenta-se achar resposta para a seguinte questão que deu fundamento ao projeto, como a violência obstétrica está sendo reconhecida no direito brasileiro e como está sendo o amparo às mulheres que sofreram essa violência?

Para essa problemática tem-se a seguinte hipótese de resposta: atualmente não existe uma lei federal que visa erradicar a violência obstétrica, deve-se o operador do direito fazer uso de mecanismos de proteção que estão dispostos no Código Civil, Código Penal e Código do Consumidor.

Visto que ainda posicionamento dos Tribunais por parte das/dos magistradas/os não se mostra de maneira clara do que seja a violência obstétrica, sendo tratada como situações de erro médico e analisados conforme os requisitos de responsabilidade civil, além da desconsideração do tema como violência de gênero. Nesta perspectiva, temos a falta de humanização que permeia o judiciário, em que a vítima na busca por justiça conta sua história, e a defesa que normalmente é a do hospital, é feita com base em erro médico, culpando a mulher por estar pleiteando seu direito e retirando a gravidade da violência cometida.

É imprescindível a análise dos aspectos jurídicos da violência obstétrica para compreender o grau de violação dos direitos da mulher, diante da desconsideração do tema ainda nos dias atuais e seu desconhecimento, apesar dos inúmeros relatos de mulheres vítimas de que sofreram constrangimentos, abusos, agressões verbais e tratamentos humilhantes em diversas unidades de saúde, o cenário de violência obstétrica é tão naturalizado, que mulheres retratam como —sortell quando recebem um

atendimento adequado no plantão obstétrico, formando hostes de vítimas que desconhecem serem vítimas, seja pela desinformação ou ausência de proteção e tutela que defenda seus direitos. (DIAS 2006 apud LIMA; ALBUQUERQUE, 2019).

Diante do exposto, essa pesquisa tem como objetivo geral analisar o reconhecimento da violência obstétrica no ordenamento jurídico brasileiro e o amparo que pode ser dado diante das circunstâncias, visto que não há lei regulamentadora acerca da temática. Para se alcançar esse propósito, foram elencados os seguintes objetivos específicos, apresentar a construção jurídica da violência obstétrica como violência de gênero; descrever sobre o conceito e os tipos de violência obstétrica. Mostrar o tratamento da violência obstétrica no ordenamento jurídico brasileiro.

Ante o exposto, vale frisar que durante a pesquisa, mesmo que considerando tratar-se um tema recente, tem a abordagem quantitativa e documental. A base para a construção desse trabalho de conclusão de curso foi realizada em artigos de periódicos, livros, teses, dissertações, textos de sites jornalísticos como blogs e estudo de casos. Ademais, classificou-se também como exploratória por ter sido realizada com o intuito de explorar um problema, com intuito de fornecer informações. bem como descritiva.

2 CONCEITO E CONTEXTO HISTORICO

O Direito brasileiro contempla duas definições legais relativas à violência contra mulheres, sendo a mais conhecida a Lei nº 11.340/06, a Lei Maria da Penha, possibilitando compreender que tais práticas de violência contra gestantes, parturientes e puérperas devem ser analisadas como uma forma de violência psicológica e sexual, e que tal violência pode, inclusive, anular os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres (BRASIL, 2018).

Outra definição é a lei do acompanhante, Lei nº 11.108/05, que tem como objetivo garantir as parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do SUS (Sistema Único de Saúde) (BRASIL, 2005).

Porém, percebe-se a categoria da violência obstétrica ainda não ingressou de forma efetiva no meio judicial, sendo vista como "erro médico" ou "negligência", o que certamente retira o caráter de violência e a sua gravidade. Uma vez que a legislação brasileira se apresenta de maneira tímida, os juristas fazem uso da responsabilidade civil, prevista no atual Código Civil a partir do artigo 927 e seguintes, que —aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2018).

Menciona-se também a lesão corporal, conforme redação do artigo 129 do Código Penal, em casos de ofensa à integridade corporal ou a saúde de outrem, além da violação psicológica através de uma verbalização que causa dor e constrangimento ilegal, assim afirma o artigo 146 que constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou

depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei lhe permite, ou a não fazer o que ela não manda (BRASIL, 1940).

Ademais, nota-se que a categoria da violência obstétrica ainda não se vinculou de forma efetiva no meio judicial, sendo apontada como "erro médico" ou "negligência", o que de certa forma retira o caráter de violência e a sua gravidade. Uma vez que a legislação brasileira se não está clara sobre essa temática, os juristas fazem uso da responsabilidade civil, prevista no atual Código Civil a partir do artigo 927.

Consta também a lesão corporal, conforme redação do artigo 129 do Código Penal em casos de ofensa à integridade corporal ou a saúde de outrem, além da violação psicológica através de uma verbalização que causa dor e constrangimento ilegal, assim afirma o artigo 146 que constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei lhe permite, ou a não fazer o que ela não manda. Esse posicionamento, por sua vez, faz com que o tribunal releva apenas uma das questões tão complexas.

2.1 Breve análise sobre perspectiva de gênero e patriarcado

É indubitável que a desigualdade de gênero é algo que perpetuou o mundo inteiro e em alguns determinados lugares ainda é comum, onde historicamente podemos afirmar que a mulher sofreu essa opressão em diversos aspectos conforme os valores de cada época. Neste cenário, uma condição em comum entre as mais variadas culturas no mundo, é o modelo patriarcal que sempre se fez presente e que possui altos reflexos contemporâneos, influenciado principalmente pelas instituições sociais que contribuem para exteriorizar o conceito de que a mulher é um ser inferior, frágil e com instintos de proteção apenas.

Contudo, para compreender essa violência que recai, sobretudo contra as mulheres, é necessário compreender o processo histórico envolvendo tal inferiorização, fruto de uma produção cultural, conforme explica Pinafi (2007):

A violência contra a mulher é produto de uma construção histórica — portanto, passível de desconstrução — que traz em seu seio estreita relação com as categorias de gênero, classe e raça/etnia e suas relações de poder. Por definição, pode ser considerada como toda e qualquer conduta baseada no gênero, que cause ou passível de causar morte, dano ou sofrimento nos âmbitos: físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada.

Evidencia-se que gênero é uma espécie de conceito sociológico, que não consiste

na diferenciação biológica do sexo feminino ou masculino, mas sim no longo processo histórico e evolutivo da forma que o homem e a mulher estão inseridos na sociedade, sobre a predominância do patriarcalismo nas leis, nos costumes e regras. Desde os primórdios, a mulher é moldada para certos padrões que foram determinados pela sociedade com face patriarcal, cuja mulher é moldada para assumir o papel de mãe, reprodutora, zelosa do lar, subordinadas à ideologia formulada da época. Para Scott (1995), gênero deve ser visto por duas perspectivas:

Minha definição de gênero tem duas partes e vários itens. Eles estão interrelacionados, mas devem ser analiticamente distintos. O coração da definição reside numa ligação integral entre duas proposições: gênero é um elemento constitutivo das relações sociais, baseado em diferenças percebidas entre os sexos (...) entretanto, minha teorização de gênero está na segunda parte: gênero como uma forma primária de significação das relações de poder. Talvez fosse melhor dizer que gênero é um campo primário no qual ou através do qual o poder é articulado.

Diante desse exposto, ver-se que a mulher tem um papel onde ela é inferiorizada, a exposição da abordagem histórica, pode-se observar que o patriarcado é a forma mais antiga de dominação do poder do homem sobre a mulher, sendo possível identificar durante um longo período de que essa inferiorização foi fortemente fundamentada em referências biológicas.

Outro ponto característico importante para evidenciar essa desigualdade explícita que vulnerabiliza a mulher pelo simples fato de ser mulher é a própria sociedade, sob a influência econômica, cultural e religiosa que sempre remete a posições subalternas, reforçando que o maior poder que está ao alcance da mulher seria o da maternidade, fortalecendo esse sistema patriarcal.

Nessa conjuntura, um dos grandes riscos que permeiam as mulheres nas sociedades patriarcais está no fato da naturalização de seus papéis, baseados especialmente em suas condições biológicas que acabam, muitas vezes, sendo uma justificativa para o exercício de relações de poder e opressão das mulheres.

2.2 Aspectos Destacados Sobre A Violência Obstétrica

No decurso da história a mulher é vítima de diversos tipos de violência. A violência doméstica e sexual são os tipos mais conhecidos de violência gênero, no entanto, nos últimos tempos tem-se notado relatos sobre um outro tipo de violência que acontece a mulheres em um dos momentos mais importantes de sua vida, que é o nascimento de seu filho e a sua gestação.

Para melhor exposição do tema, esse capítulo destaca os principais conceitos sobre a violência obstétrica sua caracterização, formas de manifestação, sua presença nas intuições públicas e privadas do Brasil e os direitos da mulher na humanização do parto.

2.2.1 Conceituação e caracterização da violência obstétrica

A violência obstétrica foi construído através do movimento de humanização do parto, no qual o termo foi criado pelo presidente da Sociedade de Obstetrícia e Ginecologia da Venezuela, Dr. Rogelio Pérez D'Gregório, em 2010, e vem paulatinamente ganhando força dentro dos movimentos sociais preocupados com violências exercidas contra mulheres, em especial aquelas que lutam pela humanização da assistência materno-infantil.

A expressão violência obstétrica (VO) é utilizada para descrever e ligar abusos sofridos através da apropriação do corpo e processos reprodutivos da mulher pelos agentes de saúde, ou seja, trata-se de uma violência de gênero e violência institucional, mediante o tratamento desumanizado, abuso da medicação e patologização dos processos naturais, resultando na perda de autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade.

Muitas vezes a expressão “Violência Obstétrica” pode acabar passando uma impressão errante, porque pode parecer que se refere apenas à violência física. Entretanto ela inclui uma série de tratamentos desrespeitosos, que vão desde piadinhas e comentários maldosos e preconceituosos ao completo desrespeito e intervenções médicas feitas contra a vontade ou desinformação da mãe durante a gestação, parto e pós-parto imediato.

Destaca-se que apesar de não haver conceito legal tipificando tal conduta no nosso ordenamento jurídico, com respaldo doutrinário podemos definir o que é a violência obstétrica. O dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio caracteriza essa violação de direitos como sendo: —todos os atos praticados contra a mulher no exercício de sua saúde sexual e reprodutiva, podendo ser cometidos por profissionais de saúde, servidores públicos, profissionais técnicos administrativos de institui es públicas e privadas, bem como civill (CIELLO, 2012).

Esse meio de violência alcança mulheres no período de gestação por meio de diversas formas de violações, desrespeitos e maus-tratos. É um abuso que acomete as mulheres, uma vez que estas se encontram em um momento de grande vulnerabilidade, manifestando-se por meio de caráter físico, psicológico, sexual, institucional, material e midiático como por exemplo:

- **Caráter físico:** ações que incidam sobre o corpo da mulher, que interfiram, causem dor ou dano físico (de grau leve a intenso), sem recomendação baseada em evidências científicas. Exemplos: privação de alimentos, interdição à movimentação da mulher, tricotomia (raspagem de pelos), manobra de Kristeller, uso rotineiro de ocitocina, cesariana eletiva sem indicação clínica, não utilização de analgesia quando tecnicamente indicada;
- **Caráter psicológico:** toda ação verbal ou comportamental que cause na mulher sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, abandono, instabilidade emocional, medo, acuação, insegurança, dissuasão, ludibria mento, alienação, perda de integridade, dignidade e prestígio. Exemplos: ameaças, mentiras, chacotas, piadas, humilhações, grosserias, chantagens, ofensas, omissão de informações, informações prestadas em linguagem pouco acessível, desrespeito ou desconsideração de seus padrões culturais;
- **Caráter sexual:** toda ação imposta à mulher que viole sua intimidade ou pudor, incidindo sobre seu senso de integridade sexual e reprodutiva, podendo ter acesso ou não aos órgãos sexuais e partes íntimas do seu corpo. Exemplos: episiotomia, assédio, exames de toque invasivos, constantes ou agressivos, lavagem intestinal, cesariana sem consentimento informado, ruptura ou descolamento de membranas sem consentimento informado, imposição da posição supina para dar à luz, exames repetitivos dos mamilos sem esclarecimento e sem consentimento;
- **Caráter institucional:** ações ou formas de organização que dificultem, retardem ou impeçam o acesso da mulher aos seus direitos constituídos, sejam estas ações ou serviços, de natureza pública ou privada. Exemplos: impedimento do acesso aos serviços de atendimento à saúde, impedimento à amamentação, omissão ou violação dos direitos da mulher durante seu período de gestação, parto e puerpério, falta de fiscalização das agências reguladoras e demais órgãos competentes, protocolos institucionais que impeçam ou contrariem as normas vigentes;
- **Caráter material:** ações e condutas ativas e passivas com o fim de obter recursos financeiros de mulheres em processos reprodutivos, violando seus direitos já garantidos por lei, em benefício de pessoa física ou jurídica. Exemplos: cobranças indevidas por planos e profissionais de saúde, indução à contratação de plano de saúde na modalidade privativa, sob argumentação de ser a única alternativa que viabilize o acompanhante;
- **Caráter midiático:** são as ações praticadas por profissionais através de meios de comunicação, dirigidas a violar psicologicamente mulheres em processos reprodutivos, bem como denegrir seus direitos mediante mensagens, imagens ou outros signos difundidos publicamente; apologia às práticas cientificamente contraindicadas, com fins sociais, econômicos ou de dominação. Exemplos: apologia à cirurgia cesariana por motivos

vulgarizados e sem indicação científica, ridicularização do parto normal, merchandising de fórmulas de substituição em detrimento ao aleitamento materno, incentivo ao desmame precoce (CIELLO et al., 2012)

Diante do exposto, vê-se necessária uma espécie de relação de poder para caracterizar a violência obstétrica, a qual pode ser claramente vislumbrada no âmbito profissional de saúde-paciente, independente da área em que o primeiro atue, por restar presente a hipossuficiência da vítima. Apesar de ocorrer com frequência, trata-se de uma violência com difícil de identificar e combater, tendo em vista que, por ser fruto de uma relação médico-paciente, há certa relutância em denunciá-la e até mesmo em reconhecê-la.

2.3 Reconhecimento Da Violência Obstétrica no Ordenamento Jurídico Brasileiro

No Brasil, não há legislação federal específica que combata a violência obstétrica, como também não há relação à sua tipificação como crime no Código Penal. Todavia, apesar do esquecimento do Direito brasileiro no que se refere à proteção da mulher gestante, parturiente ou em estado puerperal, verifica-se que essa situação não é completamente absoluta, sendo possível encontrar na legislação espalhadas sanções para as práticas abusivas direcionadas às mulheres no atendimento obstétrico.

Contudo, apesar da omissão e da demora legislativa federal no que tange à violência obstétrica, não significa que a violação de direitos da mulher não possa ser tratada na esfera judicial. Nesses casos são aplicadas as normas existentes equivalentes aos danos causados, com respaldo no Código Civil, Código Penal e Código de Defesa do Consumidor. Em âmbito federal, destacam-se as Leis nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e nº Lei 11.108/2005 (Lei do Acompanhante).

Outrossim, encontram-se em tramitação os projetos de Lei nº 7.633/2014, PL nº 7.867/2017 e PL nº 8.219/2017. As propostas legislativas caminham no mesmo sentido, reconhecendo a violência obstétrica praticada por profissionais da área da saúde, além de garantir os direitos da mulher durante o parto, puerpério e do recém-nascido.

2.4 Definir Área da Violência Obstétrica A Ser Protegida

Por este ângulo, este capítulo analisa a legislação brasileira vigente quanto ao reconhecimento da categoria da violência obstétrica, a fim de se questionar a violação dos direitos da mulher e a punição dos agentes, além de explorar de que forma o Direito tem tratado os casos de violência obstétrica.

Dessa forma, pretendeu compreender de que forma a legislação brasileira vem

gradativamente estabelecendo a consciência da violência obstétrica e abrangendo como violência de gênero, sendo responsabilidade do Estado enquanto legislador e protetor social, buscar mecanismos para conter tal fenômeno.

2.4.1 Tratamento da violência obstétrica no Código Penal

O Código Penal compreende atuação apta de ser enquadradas em casos de violência obstétrica. Vale pôr em evidência que a maioria das violações ocorrem por meio de condutas na modalidade culposa (artigo 18, II, CP), quando o agente dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Além disso, nos casos de erros médicos prevalece na doutrina penal a teoria subjetivista da culpa, em que o agente não quer o resultado nem assume o risco de produzi-lo. Nas palavras de Correia-Lima (2012, p. 01):

Erro médico: conduta (omissiva ou comissiva) profissional atípica, irregular ou inadequada, contra o paciente durante ou em face de exercício médico que pode ser caracterizada como imperícia, imprudência ou negligência, mas nunca como dolo.

De acordo com o Código Penal (art. 121, §§ 3º e 4º), o homicídio culposo incide na eventualidade de morte da mulher ou seu bebê em razão de imperícia, negligência ou imprudência médica, podendo a pena ser aumentada, se a morte ocorreu por inobservância de regra técnica da profissão; ainda, referido Código (art. 129, § 1º, IV) dispõe que acelerar o parto configura crime de lesão corporal de natureza grave; se dessa aceleração do parto decorrer a morte do feto, configura-se o aborto, considerando-se crime de lesão corporal de natureza gravíssima. (ZANON; RANGEL, 2019).

Ademais, os crimes contra a honra (art. 140, CP), caracterizada por comentários maldosos, chacotas, piadas com duplo sentido da linguagem, comentários racistas, o local de origem da pessoa em tom de desmerecimento e vários tipos de violência psicológica, adequa-se nos crimes contra a honra listado na legislação supra referido. Nesse sentido, é possível a aplicação do disposto no Código Penal (art. 140, § 3º) no que se refere à injúria configurada por elementos que dizem respeito à ofensa à dignidade ou ao decoro através de palavras ou expressões referenciadas à raça, cor, etnia, origem ou deficiência da paciente. Ante o exposto, verifica-se que o Código Penal constitui mecanismo a ser usado como proteção dos direitos da mulher em face da violência obstétrica.

2.4.2 Responsabilidade civil nos casos de violência obstétrica

A responsabilidade civil decorre do dano causado a outrem, seja ele moral ou material, devendo-se restituir o bem ao estado anterior ao dano ocorrido, e, caso o restabelecimento não seja possível, deverá ser compensado. Para Maria Helena Diniz:

“Aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral e/ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal.

Ademais, a responsabilidade civil pode apresentar-se em diversas modalidades, uma delas sendo a Responsabilidade Civil objetiva ou subjetiva. A Responsabilidade Civil subjetiva é aquela que tem por base a culpa do agente, devendo ser comprovada pela vítima para que surja o dever de indenizar, portanto, o dever de reparação surge apenas quando comprovada a culpa, sendo definida nas palavras de Correia-Lima (2012, p. 34):

Origina-se de dano decorrente de ato doloso ou culposos (culpa lato sensu), dependendo do comportamento do agente. A culpa, na teoria clássica, também chamada teoria da culpa ou subjetiva, é pressuposto necessário e indispensável do dano indenizável.

Além de tudo, a Responsabilidade Civil objetiva não leva em consideração a ideia de culpa para que se haja o dever de reparação do dano. Neste caso, sendo comprovado o nexo de causalidade entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima surge o dever de indenizar.

Para a obrigação de reparar o dano não há necessidade de ser caracterizada a culpa, quer por determinação legal, quer quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implique risco para outrem, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva. Prescinde, pois, de culpa, exigindo apenas o dano e o nexo de causalidade. É também chamada de teoria do risco e envolve o dever de reparar o dano, ainda que a conduta seja isenta de culpa, isto é, independa do ânimo do agente (Correia-Lima (2012, p. 35).

Em relação ao hospital, a responsabilidade civil é objetiva, pois não depende da existência da culpa para que haja obrigação de reparar o dano, já que o hospital é fornecedor de serviços e o paciente, consumidor, conforme dispõe o Código de Defesa do Consumidor:

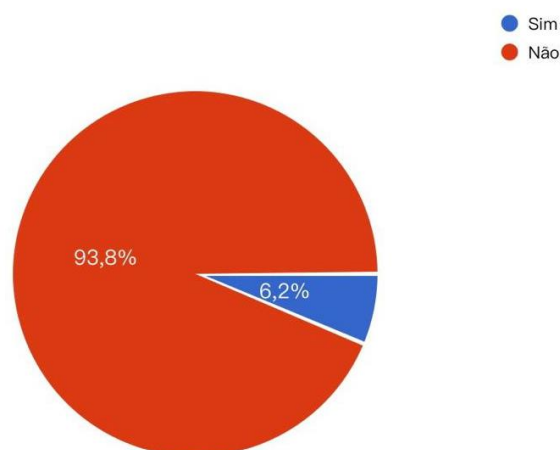
Art. 14. O fornecedor de produtos e serviços responde independentemente da existência de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (BRASIL, 1990).

Ante o exposto, é possível observar diversos comportamentos que podem caracterizar a violência obstétrica, como o uso de episiotomia, ações de Kristeller, realização desacerbada de exames de toque e a violência psicológica. Todavia, percebe-se a ausência da utilização do termo violência obstétrica nesses julgados, compreendendo-se que as diversas formas de violência que acontecem no período gestacional e parto não são incluídas nessa categoria, sendo tratadas como erro médico. Observa-se que as jurisprudências têm fundamentado a aplicação da responsabilidade civil na combinação de danos à mãe e ao bebê, sem que haja relevância quanto à violação aos direitos das mulheres, não reconhecendo a violência de gênero nesses casos. (NOGUEIRA; SEVERI, 2017).

3 ESTUDO DE CASO

Nessa análise de caso, foi feita uma pesquisa pelo google docs., com mulheres da cidade de Rondon do Pará - PA que tiveram filhos no mês de outubro. O questionário obteve dezesseis respostas (16). Observamos no gráfico 1 que ao perguntar se teve atendimento negado por alguém da equipe médica 6,2% responderam que sim. Entretanto 93,8% responderam que não.

Gráfico 1: Atendimento negado por equipe médica



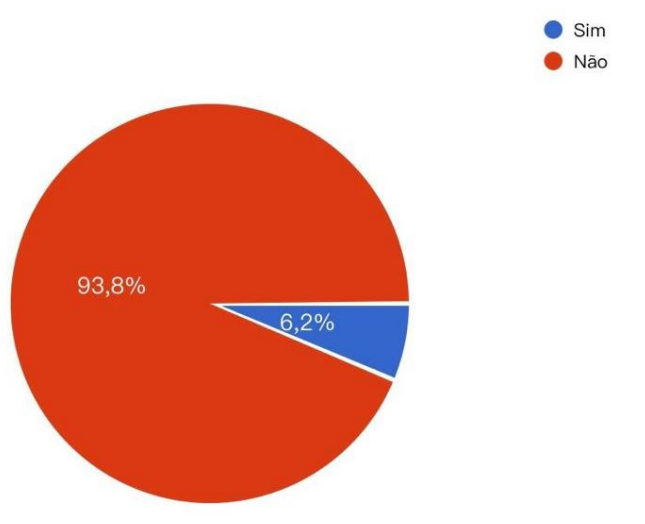
Fonte: Elaborado pela autora. 2022.

Responsabilidade civil, hospital, serviço médico. Complicação após parto em que foi realizada episiotomia, ausência de nexo de causalidade inexistente do dever de indenizar. A prestação de serviços relacionados à saúde possui riscos inerentes, 38 que não podem ser atribuídos integralmente aos médicos e hospitais. Necessária a presença de culpa do profissional ou falha no serviço prestado pelo fornecedor.

Incidência do art. 14, § 4º, do CDC. O serviço deve ser prestado dentro dos padrões

da técnica médica. Na espécie, não identificado erro do médico ao optar pela realização de episiotomia no momento do parto. Procedimento efetuado de forma regular. Complicações pós-parto que não indicam culpa ou falha de serviço. Apelação não provida. (TJ-RS - AC: 70064663990 RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Data de Julgamento: 25/06/2015, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: 13/07/2015) (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Gráfico 2: fizeram o uso de medicamentos dos quais você e sua família não tiveram consentimento.

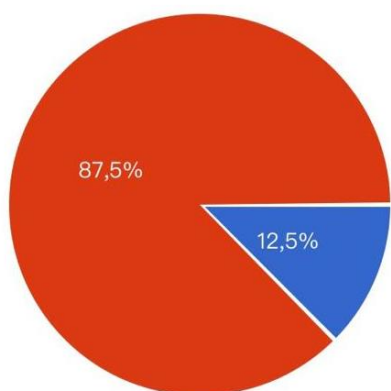


Fonte: Elaborado pela autora. 2022.

A falta de respeito com as gestantes na assistência ao parto têm sido cada vez mais divulgados por meio de relatos de mulheres que se sentiram violentadas, através de falas que permitem a identificação de situações que indicam a fragilidade na rede de atenção durante o parto e o nascimento.

Gráfico 3: Durante o parto alguém falou palavrões ou usou conversa das quais você se sentiu ofendida?

● Sim
● Não



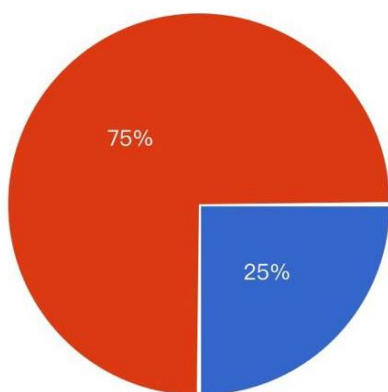
Fonte: Elaborado pela autora. 2022.

Diante disso, no gráfico 3, observamos que 12,5% das entrevistadas relataram que ouviram insultos e palavras que as ofenderam, neste mesmo relato elas citaram as seguintes frases que ouviram:

- Na hora que você estava fazendo, você não estava gritando desse jeito, né?
- Não chora não, porque ano que vem você tá aqui de novo.
- Na hora de fazer, você gostou, né?
- Cala a boca! Fica quieta, senão vou te furar todinha.

Gráfico 4: Você já foi maltratada por profissionais ou colaboradores da rede particular de saúde?

● Sim
● Não



Fonte: Elaborado pela autora. 2022.

No gráfico 4, é possível verificar que 25% das entrevistadas já foram maltratadas por colaboradores no geral dentro de um ambiente particular. A Organização Mundial de Saúde (OMS) (2002), preconiza algumas atitudes por parte dos profissionais na assistência obstétrica e ressalta também os direitos da mulher para um parto humanizado com base nesses direitos. Entre as atitudes estão:

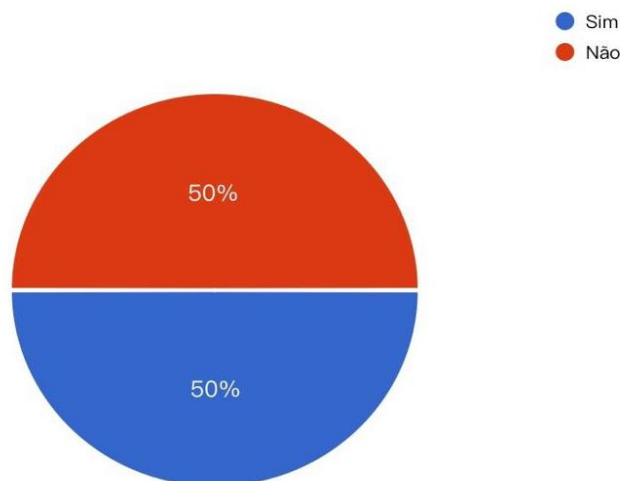
- Respeitar a vontade da mulher em ter um acompanhante de sua escolha durante o trabalho de parto e o parto;
- Monitorar o bem-estar físico e emocional, durante todo o processo de atendimento;
- Responder as informações e explicações solicitadas;
- Permitir a mulher que ela caminhe durante o período de dilatação a adote a posição que deseja no momento de expulsão;
- Orientar e oferecer métodos de alívio da dor durante o trabalho de parto como massagens, banho morno e outras técnicas de relaxamento;
- Permitir o contato pele a pele entre mãe e criança e o início do aleitamento materno, imediatamente após o nascimento;

Em relação específica aos serviços: possuir normas de procedimentos e monitorar a evolução do parto pelo partograma, oferecer alojamento conjunto e estimular o aleitamento materno.

Quanto aos direitos da mulher: Estar acompanhada durante o trabalho de parto e o parto, por alguém de sua escolha; Conhecer a identidade do profissional; Serem informadas pelos profissionais sobre os procedimentos que serão realizados com ela e com seu filho; Receber líquidos e alimentos durante o trabalho de parto sem excessos; Caminhar e fazer movimentos durante o trabalho de parto; Receber massagens ou outras técnicas relaxantes; Tomar banhos mornos; Adotar a posição que desejar na hora da expulsão; Receber o recém-nascido na hora de amamentar, imediatamente após o parto; Ser chamada pelo nome (COSTA, 2010).

A Organização Mundial de Saúde (OMS) (2002), recomenda ainda que procedimentos que já são considerados como danosos ou ineficazes: tricotomias, episiotomias, enemas, cateterismos venosos, jejum, ruptura precoce de membranas e monitorização eletrônica fetal não sejam feitos rotineiramente.

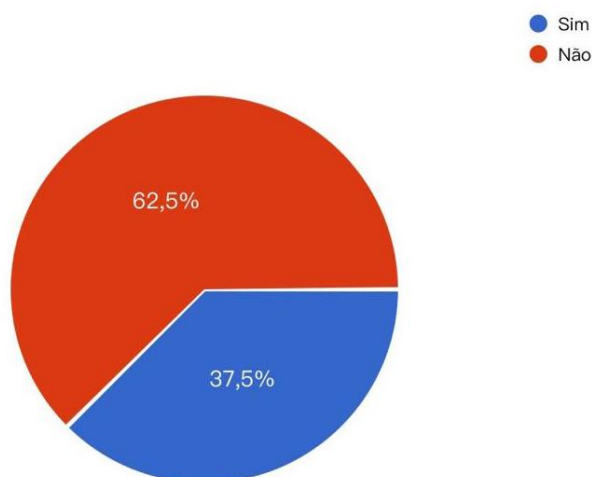
Gráfico 5: Você já foi maltratada por profissionais ou colaboradores da rede pública de saúde?



Fonte: Elaborado pela autora. 2022.

Diante deste cenário, onde que na rede pública teve uma amostra significativa de casos só mostra que o Brasil necessita de grandes avanços que garantam os direitos das mulheres e de grupos mais vulneráveis sejam respeitados, dado que um dos maiores desafios para que a violência obstétrica seja combatida em nosso território é a falta de tipificação legal e específica, uma Lei que ampare a mulher desde o pré-natal até o parto.

Gráfico 6: Já sentiu que foi trada de forma diferente dos outros pacientes no hospital.



Fonte: Elaborado pela autora. 2022.

O movimento pela humanização do parto e do nascimento propõe, para além do campo médico, mudanças sociais. Afirmando que é preciso reconhecer e valorizar a

autonomia da mulher, sublinha a formação de um sujeito ativo no processo de tomada de decisão, subvertendo uma lógica patriarcal subjacente ao modelo tecnocrático.

Com acesso à informação clara e de qualidade durante o pré-natal, a mulher pode fazer escolhas informadas, reafirmando a questão de que saber é poder. Assim sendo, retoma-se o caráter subjetivo da experiência do parto e as questões psicossociais e culturais nele envolvidas. É neste sentido que se fala em empoderamento feminino e na conquista do protagonismo da mulher na parturição. (ROCHA; MARINHO, 2019 apud Pimentel et al., 2014, p.10)

Foram ouvidos relatos e foi notável que todas as 16 mulheres entrevistadas desconheciam a existência do ter violência obstétrica.

4 CONCLUSÃO

A violência obstétrica deve ser analisada como uma modalidade de violência de gênero, pois se trata de uma violência singular contra a mulher. Compreende-se que a violência obstétrica representa a dificuldade para a concretização da plenitude dos direitos da mulher, os princípios da dignidade da pessoa humana e o da autonomia, que são afetados pelo abuso obstétrico, já que à mulher não é garantido um tratamento respeitoso, digno e humanizado na hora do parto, de modo a levar em consideração seu poder de decisão, respeitar a individualidade e a autonomia da mulher enquanto sujeito.

O objetivo desse projeto foi analisar de que forma a categoria da violência obstétrica está sendo reconhecida e adota no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua construção e um estudo de caso.

Sendo assim, a violência obstétrica pode ser caracterizada através de abusos psicológicos, físicos, sexuais e institucionais, podendo resultar em traumas físicos e emocionais significativos para o resto da vida das mulheres que a sofrem. No sistema de saúde atual, seja público ou privado, percebe-se que a violência obstétrica é uma situação cada vez mais comum no cotidiano das mulheres, que se veem num momento de vulnerabilidade diante das circunstâncias que estão, seja de pré-parto, parto, pós-parto.

Mesmo sendo um tema contemporâneo e em construção que tem feito vítimas corriqueiramente, o Brasil segue estático em termos de abordagem legislativa a nível federal, sendo indiscutível que o direito carece de evolução para melhor embasamento na defesa dessas vítimas, ainda que esses direitos estejam assegurados pela lei maior e até em legislação esparsa, não são eficazes para coibir esse tipo de violência que precisa ser enfrentada de forma direta e rígida.

Nessa ocasião, atualmente no Brasil temos três Projetos de Lei em análise (PL nº 7.633/2014, PL nº 7.867/2017, PL nº 8.219/2017). As propostas legislativas caminham no mesmo sentido, o de cessar a violência obstétrica e garantir os direitos da mulher na gestação, durante parto, puerpério e do recém-nascido. Por isso, esses projetos são encarados com bastante expectativa pela população que conhece a violência obstétrica.

Em vista disso, consta que a jurisprudência aponta que não há, ainda, uma compreensão clara por parte dos operadores/julgadores do que seja a violência obstétrica, sendo necessário a capacitação continuada dos magistrados e demais operadores do direito para que possam compreender melhor a temática e assim aprofundar seus conhecimentos a fim de que sejam decretadas decisões melhor embasadas tecnicamente e com as sanções devidas à gravidade dos casos trazidos em juízo.

Além disso, é necessária uma mudança, que vai desde a formação dos profissionais da saúde, até a questão cultural de gênero, cabendo, ainda, ao Estado investir em campanhas preventivas direcionadas para todas as mulheres grávidas, esclarecendo sobre seus direitos, pois a violência obstétrica apresenta-se num momento de vulnerabilidade da mulher, afligindo direitos universalmente defendidos e incorporados pela Constituição Federal/1988.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Janaína Marques de; D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas. **Violência institucional em maternidades públicas sob a ótica das usuárias**. Interface - Comunicação, Saúde, Educação, [S.L.], v. 15, n. 36, p. 79-92, 10 dez. 2010. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s1414-32832010005000035>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/icse/v15n36/aop4010.pdf>. Acesso em: 15 setembro. 2022.

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. 268 p. Tradução: Waltensir Dutra. E-book. Disponível em: https://rblh.fiocruz.br/sites/rblh.fiocruz.br/files/usuario/80/30_um_amor_conquistado_o_mito_do_amor_materno_-_elisabeth_badinter.pdf. Acesso em: 20 março. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Belém do Pará: Presidente da República, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm#:~:text=D1973&text=DECRETO%20N%C2%BA%201.973%2C%20DE%201%C2%BA,9%20de%20junho%20de%20194.

BRASIL. **Lei n. 11.108, de 07 de abril de 2005**. Brasília, DF: Vice-Presidente da República, [2005]. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/96776/lei-11108->

05. Acesso em 07 set. 2022

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. **Programa Humanização do Parto: humanização no pré-natal e nascimento**. Brasília: Ministério da Saúde; 2002.

BRASIL. Organização Mundial Da Saúde - OMS. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde**. Genebra, 2014. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=5FD0EEC2C3717DF786E57B8FB50DD9A0?sequence=3. Acesso em: 18 out. 2022.

BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70064663990. **Responsabilidade Civil. Hospital. Serviço Médico. Complicações 56 Após Parto Em Que Foi Realizada Episiotomia. Ausência De Nexo De Causalidade. Inexistência Do Dever De Indenizar**. Relator: Marcelo Cezar Muller. Rio Grande do Sul, 25 jun. 2015. Disponível em: <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/930634965/apelacao-civel-ac-70064663990-rs>. Acesso em: 28 out 2022.

CIELLO, CARINY et al. Parto do Princípio – Mulheres em Rede Pela Maternidade Ativa (org.). **Violência Obstétrica: parirás com dor**. 2012. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em: 25 julho 2022

CORREIA-LIMA. Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012. p. 92. E-book. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/erromedicoresponsabilidadecivil.pdf>. Acesso em: 22 julho 2022.

COSTA T, Oliveira FC, Lima MOP. **Aplicação das ações preconizadas pelo Ministério da Saúde para o parto humanizado, conflitos e dificuldades institucionais na implantação da lei do acompanhante**. Enferm. Brasil. 2010;

GUEIRA, Beatriz; SEVERI, Fabiana. **O tratamento juris prudencial da violência obstétrica nos Tribunais de Justiça da região Sudeste**. Acesso em: 06 out. 2022.

MASCARENHAS, Ana Cristina de Souza Serrano; PEREIRA, Graciele de Rezende Alves. **A Violência Obstétrica Frente Aos Direitos Sociais Da Mulher**. Revista Eletrônica de

Estudos Jurídicos e da Sociedade. Guaxupé, v.6, n.1, p. 7-80, 2017. Anual. Disponível em: https://www.unifeg.edu.br/revista/artigos-docentes/2017/A_Violencia_Obstetrica.pdf.

Acesso em: 07 mar. 2021

NOGUEIRA, Beatriz Carvalho; SEVERI, Fabiana Cristina. **O Tratamento Jurisprudencial da Violência Obstétrica nos Tribunais de Justiça da região sudeste.** In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO, 11., 2017, Florianópolis. Anais Eletrônicos [...]. 55 Florianópolis: UFSC, 2017. Disponível em: http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1518015798_ARQUIVO_N_O

PINAFI, Tânia. **Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade.** Revista Histórica. São Paulo, 2012. Disponível em: historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/texto03.pdf. Acesso em: 05 de set. 2022.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Educação e Realidade.** Porto Alegre, v. 20, n. 2, jul./dez. 1995, pp. 71-99. E-book. Disponível: <https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>. Acesso em: 07 ago. 2022.

SILVA, Sergio Gomes da. **Preconceito e discriminação: as bases da violência contra a mulher. Psicologia: ciência e profissão,** v. 30, p. 556-571, 2010.

ZANON, Leonara de Oliveira; RANGEL, Tauã Lima Verdán. **Análise jurídica da violência obstétrica como instrumento de conformação e Dominação do feminino.** Jornal Jurid. São Paulo, 27 fev. 2019. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/doutrina/civil/analisejuridica-da-violencia-obstetrica-como-instrumento-de-conformacao-e-dominacao-dofeminino>. Acesso em: 19out. 2022

A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO DE CUIDADO: DESIGUALDADE DE GÊNERO E O RISCO SOCIAL SOBREPOSTO

AMANDA FELIPE DE OLIVEIRA:
Acadêmica do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA/IESMA.

ARISSON CARNEIRO FRANCO³³
(orientador)

RESUMO: O trabalho de cuidado envolve, além do cuidado de pessoas, o cuidado do lar e os afazeres domésticos, exercido majoritariamente por mulheres que dedicam um tempo significativo de sua rotina à essas atividades. Apesar de ser um serviço extremamente importante para a sociedade e economia, ainda existem diversos entraves jurídicos acerca do seu reconhecimento no sistema previdenciário. Em virtude disso, o presente artigo científico possui o objetivo de analisar a possibilidade do reconhecimento do trabalho de cuidado não remunerado, exercido em dupla jornada pelas mulheres, para fins previdenciários no Brasil, considerando que, atualmente, apenas se reconhece legalmente o exercido em regime de exclusividade. A metodologia empregada para tanto, trata-se da abordagem qualitativa, exploratória e bibliográfica, por ter sido fundamentada na legislação vigente, livros e artigos científicos encontrados em base de dados como o Google Scholar, Scielo e Capes. Diante disso, ao longo do estudo, foi possível concluir que a maneira mais viável de reconhecer o trabalho de cuidado exercido em dupla jornada, seria por meio da criação de uma norma legal que supra a lacuna existente no ordenamento jurídico atual, considerando a realidade de diversas mulheres.

Palavras-Chave: Trabalho de cuidado. Desigualdade de gênero. Precarização. Seguridade Social.

Abstract: Care work involves, in addition to caring for people, caring for the home and household chores, performed mostly by women who dedicate a significant amount of time in their routine to these activities. Despite being an extremely important service for society and the economy, there are still several legal obstacles regarding its recognition in the social security system. As a result, this scientific article aims to analyze the possibility of

33 Orientador. Graduado em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA. Mestrando pelo UDF em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo Centro de Ensino Renato Saraiva – CERS (2022). Professor Universitário do Curso de Direito da IESMA/UNISULMA. Membro da Comissão da Direito Previdenciário da OAB/MA (2020-2021). Advogado.

recognizing unpaid care work, performed on a double shift by women, for social security purposes in Brazil, considering that, currently, it is only legally recognized that performed under of exclusivity. The methodology used for this is a qualitative, exploratory and bibliographic approach, as it was based on current legislation, books and scientific articles found in databases such as Google Scholar, Scielo and Capes. Therefore, throughout the study, it was possible to conclude that the most viable way to recognize the care work performed in double shifts would be through the creation of a legal norm that fills the gap in the current legal system, considering the reality of several women.

Keywords: Care work. Gender inequality. precariousness. Social Security.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho de cuidado trata-se, conforme o Instituto Brasileiro de Geografia (IBGE) de atividades que envolvem além do cuidado de pessoas, os afazeres domésticos, como preparar ou servir alimentos, arrumar a mesa ou lavar louça; cuidar da limpeza ou manutenção de roupas e sapatos; fazer pequenos reparos ou manutenção do domicílio, do automóvel, de eletrodomésticos ou outros equipamentos; limpar ou arrumar o domicílio, a garagem, o quintal ou o jardim; cuidar da organização do domicílio (pagar contas, contratar serviços, orientar empregados); fazer compras ou pesquisar preços de bens para o domicílio; cuidar dos animais domésticos; entre outras tarefas (IBGE, 2019).

De maneira semelhante, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) define o trabalho de cuidado ou doméstico como o trabalho não remunerado que produz bens e serviços para o consumo doméstico, "incluindo a arrecadação de lenha e combustível, buscar água, cozinhar, limpar, cuidar de crianças, idosos e outros dependentes" (ILO, 2016). Diante disso, conforme a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Anual (PNAD) realizada pelo IBGE em 2019, as mulheres brasileiras dedicam uma média de 21,4 horas aos afazeres domésticos e/ou cuidado de pessoas, especialmente aos filhos e idosos, sendo que aquelas que não possuem nenhuma ocupação profissional dedicam em média de 24 horas semanais, 11,9 horas a mais que os homens; enquanto que as que possuem ocupação profissional diversa, ainda dedicam 18,5 horas semanais, 8,1 horas a mais que os homens (IBGE, 2019).

Apesar das jornadas de trabalho serem devidamente positivadas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e estarem inclusas no conceito de trabalho, o trabalho de cuidado exercido majoritariamente por mulheres em dupla jornada ainda é invisibilizado e desvalorizado no Brasil, tendo em vista a ausência do reconhecimento previdenciário e trabalhista nesta seara, seja para acrescer o tempo de contribuição ou mesmo para aumentar o valor efetivamente pago pela previdência social quando as mesmas decidem se aposentar, ainda que suas atividades gerem valor social e econômico para o país, evidencia-se que embora o trabalho de cuidado tenha uma relevância expressiva para a

sociedade e economia, ainda há diversos entraves sociais e jurídicos para caracterizá-lo como um trabalho, de fato, produtivo.

Diante disso, o presente trabalho possui o objetivo de investigar a possibilidade do reconhecimento previdenciário deste labor exercido em dupla jornada pelas mulheres, que são muitas vezes, discriminadas em razão do seu gênero, raça e etnia. Isso acontece justamente por não haver qualquer valorização socioeconômica do trabalho, acentuando sua invisibilidade no cenário trabalhista e a pobreza feminina. A proposta metodológica empregada para tanto, trata-se da abordagem qualitativa, visto que os dados obtidos ao longo da pesquisa foram interpretados de maneira subjetiva. Em relação aos objetivos, caracteriza-se como uma pesquisa exploratória, que possui a finalidade de proporcionar uma familiaridade maior com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito, uma vez que já existem diversos estudos sobre o trabalho de cuidado, tanto no âmbito jurídico como em outras áreas da saúde. A sustentação teórica do trabalho denomina-se bibliográfica, por ter sido desenvolvida com base em materiais elaborados previamente, como livros e artigos científicos, encontrados em bases de dados como o Google Scholar, Scielo e Capes.

Inicialmente, o trabalho versará sobre o contexto histórico-jurídico da (des)igualdade de gênero, a fim de compreender a conjuntura estrutural e o valor do trabalho na sociedade brasileira, em seguida, torna-se oportuno tecer considerações gerais acerca do trabalho de cuidado e a sua relação com a seguridade social, e por fim, discute-se sobre os entraves para o reconhecimento previdenciário do trabalho de cuidado. Assim, espera-se que a pretensa pesquisa agregue conhecimento à comunidade jurídica sobre o trabalho de cuidado e suas implicações sociais e jurídicas.

2 A (DES)IGUALDADE DE GÊNERO NA SOCIEDADE BRASILEIRA: A CONJUNTURA ESTRUTURAL E O VALOR DO TRABALHO

Todos os seres humanos são iguais em sua essência, entretanto, as características biológicas que nos unem, também são as mesmas que nos separam. Homens e mulheres encaram o mundo de maneira completamente diferente desde o nascimento. Os reflexos da desigualdade surgem desde a infância, já que ao nascermos já somos tratados de maneira distinta. Apesar desse fato não ser novidade para ninguém, é a partir disso que as crianças começam a aprender e a normalizar as diferenças entre os gêneros, enquanto os meninos são educados para serem fortes e destemidos, as meninas crescem ouvindo que devem se casar e serem mães (JESUS, 2012).

As relações entre ambos os sexos representam uma construção social e cultural que fazem parte de um ciclo contínuo da perpetuação do poder de homens e subjugação de mulheres nas mais diversas culturas. Consequentemente, observa-se que as diferenças de

gênero se refletem de forma mais intensa nas relações de trabalho. Culturalmente, perdura a percepção de que há uma suposta incapacidade feminina para assumir empregos formais, sendo apenas consideradas úteis para serem mães e esposas, tornando-se suscetíveis a mão-de-obra desvalorizadas e precárias, com poucos direitos e salários desiguais. Assim, a pauta sobre a desigualdade entre homens e mulheres é uma questão muito antiga, que não está presente apenas na sociedade brasileira, mas no mundo inteiro. Diante disso, compreende-se que os reflexos da cultura patriarcal impactam diretamente na inserção e permanência da mulher no mercado de trabalho, tornando mais difícil, a ruptura dos papéis de gênero na sociedade. A divisão sexual do trabalho é reflexo da distinção entre os sexos.

As mulheres estão mais presentes em ambientes cujo cuidado é o objetivo principal, como por exemplo a saúde, educação e atividades domésticas. Por outro lado, em sua maioria, os homens possuem cargos relacionados à ciência e tecnologia. Assim, a divisão sexual assume:

(...) a forma de divisão do trabalho social derivada das relações de gênero e sexo, e como máxima fundamental destina prioritariamente aos homens a esfera produtiva e às mulheres a esfera reprodutiva e, além disso, estabelece que os homens ocupem as funções de forte valor social agregado, como o espaço público, político, militar, religioso e jurídico (KERGOAT, 2010, p. 43).

Há, dessa maneira, uma ligação intrínseca entre a mulher e tarefas do lar, escancarando uma divisão clara e sexual do trabalho em escala mundial. Vê-se que a desigualdade no âmbito laboral possui dois estigmas centralizadores: o princípio da separação, no qual tem-se a percepção de que há trabalhos próprios para homens e mulheres e o princípio da hierarquização, que estabelece que um trabalho desempenhado por um homem “vale” mais do que um trabalho desempenhado por uma mulher. Tais entendimentos são aplicados mediante legitimações ideológicas biologizantes que reduzem o trabalho à papéis sociais sexuados, que remetem ao destino natural da espécie (KERGOAT, 2010). As profissões consideradas historicamente como masculinas são mais valorizadas se comparadas com profissões consideradas femininas como, por exemplo, dançarina, enfermeira, cozinheira, dentre outras (CHIES, 2010). Somado a isso, a força de trabalho feminina é, por muitas vezes, inferiorizada a partir do momento que mulheres ocupam cargos em profissões tidas como masculinas, devido a construção social que relaciona atividades que necessitam de força, resistência e liderança apenas a homens. Chies (2010) reforça ainda que, o cenário de dualidade que inferioriza o papel da mulher na sociedade é constituído por um ciclo que perpetua e normaliza tal ideologia.

Dessa forma, a desigualdade é vista como uma condição inerente ao ser humano e não como um processo histórico-cultural passível de transformação. Ao longo dos anos, o

cenário melhorou: mais oportunidades, salários mais igualitários, mais incentivo. Cada dia mais as empresas passam a entender a importância do papel feminino na sociedade, tanto como reprodutora, quanto profissional. Entretanto, diversos dados demonstram que ainda estamos longe do cenário ideal e que há um longo caminho a ser percorrido. Atualmente, as mulheres representam 53,2% da população em idade ativa (PIA) – população com 14 anos ou mais de idade – de acordo com o Boletim Mulheres no Mercado de Trabalho (MMT). A referida pesquisa realiza um compilado de dados trimestrais da Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar Contínua (PNAD Contínua), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com foco na participação feminina no mercado de trabalho. Mesmo sendo maioria na PIA, são as mulheres que representam grande parte das pessoas fora da força de trabalho, isto é, 64,2% (IBGE, 2021).

Em conformidade com a pesquisa, os homens representam a maior parte da força de trabalho brasileira. Dentre as pessoas com 15 ou mais de idade, 73,7% dos homens estão inseridos no mercado de trabalho. Todavia, apenas um pouco mais da metade das mulheres da mesma faixa etária, independente da raça, possui uma ocupação formal. Além disso, omite-se ainda, a informação de que:

As mulheres realmente laboram mais tempo que os homens: considerando-se que as mulheres trabalham em casa cerca de 7,5 horas a mais que os homens por semana, terão laborado cerca de 5,4 anos a mais do que os homens durante os cerca de 30 anos de vida laboral (IPEA, 2021, online).

É fato que hoje as mulheres representam, em número, a maior parcela dos beneficiários da Previdência (55,8% de mulheres e 44,2% de homens), no entanto recebem parcelas significativamente menores do que os homens. Em relação à contribuição, isto é, ao pagamento da previdência social, a participação das mulheres foi de 55,7% na quantidade e 50,9% no valor das contribuições, entretanto, o valor médio da contribuição dos homens (R\$ 1.266,07) foi 21,1% maior do que o das mulheres (R\$ 1.045,59) (BRASIL/MF/DATAPREV, 2015). Quanto ao valor do benefício recebido pelas mulheres, a diferença se acentua. O “valor médio dos créditos urbanos emitidos aos homens foi 24,6% maior que o das mulheres (respectivamente R\$ 1.255,68 e R\$ 1007,83)”. Já aos trabalhadores e trabalhadoras rurais, o “valor médio dos créditos emitidos para os homens (R\$ 704,84) foi pouco superior que o das mulheres (R\$ 704,10)” (BRASIL/MF/DATAPREV, 2015).

Para reforçar ainda mais o cenário da desigualdade entre os gêneros no Brasil a pesquisa do IBGE 2021 demonstra que os homens ocupam a maioria dos cargos de gerência no país. No Brasil, 62,6% dos cargos gerenciais eram ocupados por homens e

37,4% pelas mulheres, em 2019 (IBGE, 2021). As empresas muitas vezes creem que as mulheres não são capazes de conciliar a vida familiar e do trabalho, entretanto, isso ocorre porque, além do trabalho externo, também realizam tarefas domésticas, sem ou com pouca participação masculina, não restando tempo de descanso indispensável para a manutenção da saúde. Dessa forma, estas são exploradas duplamente pelo capital. As mulheres de classes mais altas que podem abdicar deste trabalho, não o fazem em razão de uma divisão igualitária com seu cônjuge ou familiares, e sim por causa da contratação de uma outra mulher, que é, na maioria das vezes, negra. Assim, depreende-se que a análise dos dados expostos torna evidente que há uma reiteração dos estereótipos de gênero nas relações de trabalho e uma desigualdade histórica de difícil reparação.

3 TRABALHO DO CUIDADO E A SEGURIDADE SOCIAL: MECANISMOS DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS

O trabalho de cuidado ou também conhecido pelo termo *care* ou *care work*, é um exemplar das desigualdades imbricadas de gênero, classe e raça que demonstram que a história social do trabalho doméstico no Brasil e no mundo possuem uma abordagem insuficiente, por ser exclusivamente relacionada às dicotomias do trabalho masculino e feminino, produtivo e improdutivo, público e privado, afetuoso e não afetuoso que não correspondem com a magnitude do ato que é cuidar de alguém (HIRATA, 2016). Isso se dá, principalmente pelo fato de ser visto historicamente como um trabalho destinado às mulheres, majoritariamente negras e pobres, exercido no interior do espaço doméstico e na esfera privada, de forma gratuita e realizada por amor. Forma-se, dessa maneira, em seu conceito geral, por uma série de atividades que garantem a reprodução social do sistema e envolve tarefas relacionadas ao cuidado de crianças, atividades domésticas e do cuidado com idosos ou deficientes físicos e mentais (GELINSKI; PEREIRA, 2011).

No Brasil, estudos relacionados ao trabalho de cuidado são relativamente novos e atrelam-se mais a temas voltados para o envelhecimento da população e a necessidade de cuidados para essas pessoas, fenômeno que se denomina por “crise do cuidado” que cresce não somente no Brasil como também em países como Japão e a Itália (HIRATA, 2016). Ainda assim, as noções que o termo carrega historicamente se perpetuam no país de diversas formas:

(...) se é certo que cuidado, ou atividade do cuidado, ou mesmo ocupações relacionadas ao cuidado, como substantivos, foram introduzidos mais recentemente na língua correspondente, as noções de ‘cuidar’ ou de ‘tomar conta’ têm vários significados, sendo expressões de uso cotidiano. (...) O ‘cuidar da casa’ (ou ‘tomar conta da casa’), assim como o ‘cuidar das crianças’ (ou ‘tomar conta das crianças’) ou até mesmo o ‘cuidar do marido’, ou ‘dos pais’, têm sido tarefas exercidas por agentes subalternos e femininos, os quais

(talvez por isso mesmo) no léxico brasileiro têm estado associados com a submissão, seja dos escravos (inicialmente), seja das mulheres, brancas ou negras (posteriormente) (GUIMARÃES; HIRATA; SUGITA, 2012, p. 82).

Apesar da compreensão mais comum de que o cuidado se relaciona às necessidades e vulnerabilidades de determinados grupos (crianças e idosos), o conceito de cuidado vai além, por se relacionar a concepção de dependência para os seres humanos de maneira geral. Esse é o motivo pelo qual faz-se necessário frisar que essa atribuição gerada às mulheres surge de um contexto histórico de desigualdade de gênero e raça. Assim, o cuidado da casa e da família é predominantemente considerada como uma função feminina, pouco ou nada valorizada, e por mais que os avanços tecnológicos e o desenvolvimento social tenham surgido desde a época da revolução industrial, até o presente momento, as divisões sexuais do trabalho doméstico e atribuição deste às mulheres, em realidade, continua intacta (HIRATA, 2016).

Diante de uma perspectiva progressista em direção à igualdade de gênero, compreende-se que o fato da mulher realizar a maior parte do trabalho não remunerado durante todos esses anos, não é normal e nem natural de uma sociedade que depende disso, visto que, se não houvesse ninguém para se dedicar a isto, comunidades, locais de trabalho e economia inteiras estariam estagnadas. O trabalho doméstico constitui-se, portanto, em um dos pilares em que o sistema econômico atual se apoia e sem ele seria derrubado (PICCHIO, 2018).

Por todo exposto, compreende-se que o trabalho de cuidado é uma atividade de gênero atribuída às mulheres, entendida como biologicamente natural e historicamente desenvolvida da relação entre patriarcado e capitalismo. Essa atribuição do trabalho reprodutivo doméstico não remunerado às mulheres permite constatar que a marginalização das mulheres e seu funcionamento como força de trabalho secundário é uma das formas de opressão de gênero utilizadas pelo sistema e responsável pela sua manutenção.

Sabe-se que a previdência social se fundamenta sobre os princípios da universalidade, solidariedade e de distributividade, e possui, portanto, o condão de garantir a segurança social às/aos trabalhadoras/es diante das fatalidades inerentes ao mundo do trabalho capitalista, calcado na exploração. Visando, minimamente, proteger as/os trabalhadoras/es em algumas hipóteses de cessação do salário ou remuneração – como em caso de doença, morte, dependência, desemprego, velhice. Assim, é ligada diretamente à conjuntura do mercado, à exploração laboral e ao esgotamento da força de trabalho, refletindo também as especificidades da discriminação de gênero que marcam o

capitalismo patriarcal brasileiro. Entretanto, o que se observa quando se discute o trabalho de cuidado é o contrário disso, tendo em vista que as mulheres possuem menores salários, maior carga/tempo de trabalho, ocupam postos de trabalho precário e rotativos, são atingidas em maior escala pelo desemprego e informalidade, não possuem qualquer proteção diante das condições desgastantes de trabalho as quais muitas se submetem, dentre muitos outros fatores a serem discutidos no tópico seguinte.

4 OS ENTRAVES PARA O RECONHECIMENTO PREVIDENCIÁRIO DO TRABALHO DE CUIDADO

As discussões acerca do reconhecimento do cuidado como trabalho no Brasil, ganharam relevância a partir dos estudos elaborados por Helena Hirata. Em sua pesquisa, a autora compara o trabalho de cuidado realizados no Brasil, França e Japão por meio da análise da divisão sexual e internacional do trabalho e das desigualdades e discriminação que influenciam o trabalho de cuidado nesses países.

A linha de pensamento que abarca o cuidado como trabalho iniciou-se em 1970 e 1980, por meio de estudos feministas que introduziram as “categorias do sexo e das relações sociais de sexo no âmbito da análise das relações de trabalho, assalariado e doméstico” de maneira a contribuir para os “conhecimentos renovados sobre o trabalho” (HIRATA; KERGOAT, 2008).

O exercício da força de trabalho para o mercado externo ao ambiente doméstico passou a ser visto como atividade produtora de lucros à economia no sistema capitalista, sendo o trabalho doméstico considerado como um trabalho efetivo apenas quando realizado em prol de terceiros; enquanto que aquele que é praticado no próprio lar, foi considerado ao longo dos anos, em razão desse cenário de desigualdades, como uma mera atividade invisibilizada aos olhos econômicos, tendo em vista sua função inerente e obrigatória a mulher.

Até os dias atuais ainda há uma baixa percepção do trabalho doméstico não remunerado como trabalho que requer tempo despendido em favor de outrem, que gera valor tanto econômico como social, ainda que não haja remuneração em retorno à trabalhadora, impedindo avanços legislativos nesse sentido. Essa constatação também parte da dificuldade de mensurar o valor do labor prestado diariamente. Nesse raciocínio, Helena Hirata destaca duas causas iniciais da invisibilidade do trabalho de cuidado na sociedade:

[...] para todas as correntes de pensamento, a família nos anos 60 é definida como um lugar de consumo; com a industrialização, ela teria perdido toda função ou papel produtivo. O segundo fator decorre de que as diferenças de funções e atividades entre mulheres e homens

são percebidas antes de tudo como “naturais”. Fala-se de responsabilidades familiares sem aprofundar o questionamento (HIRATA, 2009, p. 257).

Diante da ausência do salário no mercado formal, as mulheres não foram vistas em tais condições, como trabalhadoras, o que intensificou o processo que se denomina atualmente como “feminização da pobreza” de modo a se tornar, em alguns casos, dependente de terceiros ao voltar-se exclusivamente ao trabalho de cuidado. Essa situação, ainda em conformidade com a autora, nomeia-se por “patriarcado do salário” o qual desvaloriza não somente a atuação da mulher no mercado de trabalho como também o próprio valor da força de trabalho como um todo (FEDERICI; HIRATA, 2017).

Em conformidade com as estatísticas sociais do IBGE realizadas no ano de 2019, as mulheres recebem apenas cerca de 77,7% do rendimento recebido pelos homens (IBGE, 2019). Isso denota uma desigualdade brutal no mercado de trabalho motivada pela discriminação de gênero e implica no menor valor médio de arrecadação pelas mulheres e, conseqüentemente, valores menores de benefícios recebidos. Semanalmente, são 21,4 horas gastas por mulheres, enquanto os homens dedicam apenas 11 horas do tempo para tarefas de casa (GUEDES, 2021).

Percebe-se então, a naturalização dos papéis femininos e masculinos, reforçados por uma sociedade burguesa que se preocupa apenas em atender os interesses do capital e entende que o trabalho inerente à mulher se trata apenas do ambiente doméstico, no âmbito privado e por isso:

(...) os salários (quando pagos) devem ser concedidos de modo desigual ainda que a tarefa exercida seja em posição semelhante aos homens; que o exercício do trabalho doméstico e de cuidado de pessoas é realizado de forma não remunerada; e que é realizado o pagamento de benefícios previdenciários menores; evidencia-se a ampliação de lucros estatais, diminuindo os custos da reprodução da força de trabalho, e da assistência social a qual lhe incumbe (RODRIGUES, 2017, p. 72).

Para o autor, o principal garantidor da mercadoria essencial do modo de produção capitalista é o trabalho de cuidado exercido em sua grande maioria por mulheres, pobres e negras, visto que este viabiliza a existência da força de trabalho exercida formalmente e, por conseguinte, a produção de riqueza. Segue-se, portanto, a tendência de que a acumulação do capital gere em grande parte das situações o agravamento da situação do trabalhador e da trabalhadora (BARRETO, 2019).

Afirma-se que é menos oneroso ao Estado reconhecer às mulheres que exercem exclusivamente o trabalho de cuidado o acesso à seguridade social, por meio do pagamento de contribuição, em um sistema patriarcal e capitalista que se apropria do tempo e da força de trabalho feminino; do que ampliar serviços sociais públicos de reprodução social, especialmente nos bairros periféricos, onde se concentram grande parte das mulheres pobres, para “libertá-las da servidão doméstica” (BARRETO, 2019). Ainda que as mulheres representem uma quantidade significativa dos segurados da previdência social principalmente na condição de dependência econômica dos companheiros (RODRIGUES, 2017, p. 26), o Boletim Estatístico da Previdência Social de novembro de 2021, publicado mensalmente pela Secretaria de Políticas de Previdência Social do Ministério da Economia, revela que, o valor médio de aposentadoria por tempo de contribuição, por exemplo, paga aos homens no Brasil a média de R\$ 2.606,22 (dois mil, seiscentos e seis reais e vinte e dois centavos), enquanto que para as mulheres, é de R\$ 2.024,98 (dois mil e vinte e quatro reais e noventa e oito centavos) (BRASIL, 2021).

Significa dizer, portanto, que as mulheres que ainda conseguem acessar o Regime Geral da Previdência Social (RGPS) como beneficiárias diretas não dependentes, recebem um montante 28,7% (vinte e oito ponto sete por cento) menor que aquele auferido pelos homens. Isso torna mais evidente que a permanência do exercício do trabalho de cuidado, exercido muitas vezes em dupla jornada, sem qualquer reconhecimento no âmbito da previdência social, é lucrativo ao Estado, visto que:

Além deste não investir quaisquer políticas públicas em larga escala contra a desigualdade de gênero para promover a autonomia da mulher, acabam por pagar valores inferiores no momento de sua aposentadoria que não representam a totalidade do trabalho exercido durante sua vida, já que alocadas em funções precárias e mal pagas, continuarão a ter capacidade contributiva reduzida, e o trabalho não remunerado exercido de forma concomitante nada acrescentará (OLIVEIRA, 2021, p. 56).

Reitera-se que grande parte das mulheres que compõem o alto quantitativo no sistema previdenciário, auferem benefícios na condição de dependentes dos segurados e não propriamente são seguradas para perceber a aposentadoria por tempo de contribuição, onde, na verdade, são minoria. Este fato demonstra que no Brasil, ainda não se pode afirmar que o grande número de mulheres que percebem benefícios previdenciários representa uma ampliação do acesso feminino à Previdência Social Brasileira.

Diante disso, ao analisar as disparidades salariais e de benefícios entre homens e mulheres na sociedade contemporânea, Silva concluiu que:

Se, historicamente, as mulheres recebem menos que os homens, **consequentemente sua contribuição previdenciária será menor, mantendo assim a desigualdade de gênero na distribuição dos benefícios da previdência social** como contribuição do trabalho, o que afeta não só as mulheres, mas também os membros familiares que dependem dessa renda (SILVA, 2018, p. 44). (grifo nosso)

De maneira semelhante, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) ao versar sobre o assunto também concluiu que:

As mulheres são menos bem cobertas pelos regimes de pensões. Mais baixas taxas de emprego formal e assalariado, juntamente com menos horas ou menos anos trabalhados, **resultam em carreiras mais curtas para mulheres do que para os homens.** Isso tem consequências adversas para a antiguidade e prêmios em pagamento e para cobertura por contribuições relacionadas ao emprego regimes de pensões, **e também para os níveis de pensões femininos. A cobertura legal por regimes de proteção social obrigatórios contributivos é inferior para mulheres do que para os homens, deixando uma proteção social legal em escala global** (OIT, 2016, p. 30). (grifo nosso)

Proporcionalmente no mundo, contabiliza-se que as mulheres acima da idade de aposentadoria recebem alguma espécie de pensão em percentual inferior à dos homens na mesma situação, em cerca de 10,6%, em valores mais baixos, em virtude dos salários inferiores durante a vida profissional, períodos mais curtos de contribuição, quebras da carreira, e maior realização de trabalho em tempo parcial, entre outros fatores. Além disso, 65% das pessoas em idade de aposentadoria que não auferem nenhuma pensão seriam do sexo feminino (OIT, 2016).

Ainda que o trabalho de cuidado não resulte diretamente em salário, este pode ser considerado como gerador da força de trabalho em prol do trabalho, tendo em vista sua função à atual e à futura mão-de-obra trabalhadora, sendo, portanto, um pilar da organização capitalista do trabalho (FEDERICI, 2021). O trabalho de cuidado tanto corrobora com o capitalismo, que o ideal da família burguesa do século XIX persistiu na inclusão de uma esposa dedicada ao marido e aos filhos, o qual não obrigava os lares mais ricos a exercer qualquer trabalho produtivo no mercado formal, a fim de que fosse promovido um ambiente sólido e acolhedor.

Formava-se, a partir disso, a clássica família tradicional e patriarcal brasileira que se perpetua até os dias atuais, em que todos tornaram-se dependentes de um pai detentor de grande poder (BASSANEZI; PRIORE, 2004). Acerca dessa questão, destaca-se que:

Convém não esquecer que **a emergência da família burguesa**, ao reforçar no imaginário a importância do amor familiar e do cuidado com o marido e com os filhos, **redefine o papel feminino e ao mesmo tempo reserva para a mulher novas e absorventes atividades no interior do espaço doméstico**. Percebe-se o endosso desse papel por parte dos meios médicos, educativos e da imprensa na formulação de uma série de propostas que visavam “educar” a mulher para o seu papel de guardiã do lar e da família - a medicina, por exemplo, combatia severamente o ócio e sugeria que as mulheres se ocupassem ao máximo dos afazeres domésticos (BASSANEZI; PRIORE, 2004, p. 192). (grifamos)

Entretanto, conforme anteriormente ressaltado, as mulheres de classe média e baixa, em especial as mulheres negras, sempre foram as responsáveis por, além de se dedicar a reprodução da própria força de trabalho, que é prejudicada por conta da dupla jornada; impulsionar a dos demais que se valem de seu labor não remunerado sem limite de jornada, promovendo uma divisão não igualitária das atividades dentro e fora do ambiente doméstico (MACIEL, 2008).

Dessa forma, ainda que não fosse a realidade de algumas mulheres ser mãe, esposa e dona de casa, o destino considerado mais adequado e natural da mulher, era a maternidade, o casamento e organização do lar, enquadrando-se a ideia de que o trabalho fora do ambiente doméstico não se coadunava com a essência feminina, ainda mais quando os filhos se tornavam uma realidade na rotina da mulher. Em razão dos reflexos dessas conjuntas sociais na atualidade, as mulheres não tem sido vistas como efetivas contribuintes ao crescimento econômico do país, visto que apenas os homens são considerados responsáveis pelo desenvolvimento nacional, pelo fato desses ideais terem se perpetuado, corroborando com a permanência da invisibilidade das atividades das mulheres tanto no trabalho produtivo como no doméstico (BASSANEZI; PRIORE, 2004, p. 240).

Ainda que atualmente a mulher branca não esteja mais em um sistema tradicional de divisão sexual do trabalho que pretendia limitar a mulher apenas ao espaço doméstico, em razão da luta de diversos movimentos feministas pela alteração dos papéis atribuídos a mulher na sociedade, inclusive os sindicais, especialmente a partir das décadas de 70 e 80, a desigualdade de gênero se mantém, na medida em que o mencionado sistema, aplicável às mulheres que ainda não integravam o mercado de trabalho, teria se

transformado em um sistema de conciliação ou em alguns casos, um sistema de delegação (MELO; MORAIS, 2021).

No primeiro caso, a mulher se divide entre as responsabilidades do mercado de trabalho e do ambiente doméstico, enquanto que no segundo, a inserção da mulher no mercado de trabalho é possibilitada pela delegação da maioria dos afazeres domésticos a outras mulheres, que são na maioria das vezes, pobres e negras. Todavia, o sistema de delegação não demonstra ser a realidade da maioria das mulheres brasileiras, o qual se restringe aos domicílios de mais alta renda. Faz-se necessário ressaltar que quando uma mulher delega a outra o trabalho de cuidado, ao mesmo tempo, esta última que não possui o mesmo aporte financeiro que a primeira, terá de buscar uma rede de apoio, em regra familiar, inclusive das sogras e mães, ou mesmo das filhas mais velhas, ainda que também crianças, como também das vizinhas e das amigas, para auxiliá-la com o cuidado dos próprios filhos, situação que Oliveira denomina como cadeias reprodutivas de trabalho (OLIVEIRA, 2021). O trabalho de cuidado se torna ainda mais encoberto e renegado na medida em que a produção de pessoas é tratada como mero meio para gerar lucro e está longe de ser valorizado, visto que conforme Aruzza, Bhattacharya e Fraser:

O capital evita pagar por esse trabalho, na medida do possível, ao mesmo tempo que trata o dinheiro como essência e finalidade supremas, ele relega quem realiza o trabalho de reprodução social a uma posição de subordinação - não apenas para os proprietários do capital, mas também para trabalhadores e trabalhadoras com maior remuneração, **que podem descarregar suas responsabilidades em relação a esse trabalho sobre outras pessoas** (ARRUZZA; BHATTACHARYA; FRASER, 2019, p. 52). (grifo nosso)

Entretanto, a existência de mulheres que por melhor condição financeira, conseguem delegar a maioria das suas atividades domésticas não significa eliminar em sua plenitude o papel atribuído às mulheres como responsáveis pelo trabalho doméstico, considerando que estas ainda continuam tendo as atribuições de contratar, planejar, delegar funções e organizar os afazeres domésticos e de cuidado a serem realizados, de forma concomitante à sua atividade profissional.

Nessa perspectiva, convém refletir que as mulheres que laboram em dupla jornada, não possuem muito tempo para qualquer rotina de autocuidado, seja com a saúde, lazer ou mesmo com a autoestima, lhe restando apenas a exploração de sua mão de obra orçada em valores baixos, deixando-lhe marcas muito fortes por viver uma rotina de exaustão, naturalizando a ideia de uma mulher, principalmente negra, “super forte e guerreira” que

ignora os limites humanos. Por essa razão, Silvia Federici propõe a quebra do paradigma da “feminilidade” imposto socialmente à mulher, em uma espécie de “divisão sexual do trabalho na família”, um esforço adicional associado ao trabalho não assalariado, tido como uma espécie de dever adquirido desde o nascimento e expressão utópica de um suposto exercício do amor familiar.

Em sua maioria, foi possível observar que foi alocado às mulheres o trabalho doméstico enquanto que os homens foram alocados na esfera produtiva, exercendo funções consideradas de forte valor social agregado. Depreende-se, portanto, que esta situação é resultante de um processo de socialização que estabelece um padrão associado a cada gênero desde a mais tenra idade, especialmente às mulheres das camadas mais pobres que são direcionadas ao exercício do trabalho de cuidado desde muito novas (JESUS, 2018). Nota-se que a divisão desigual por gênero no trabalho acentua o fato de que a menoridade dedicada ao estudo e a de brincar não é um direito assegurado a todos, especialmente às meninas que necessitam assumir o papel de mãe perante os irmãos, ou quando a mãe necessita se ausentar por questões financeiras para o exercício do trabalho fora do ambiente doméstico (FONTOURA, et. al., 2016). Desse modo, ainda que não haja mais uma divisão sexual do trabalho nos moldes mais tradicionais e independente da mulher estar ou não inserida no mercado de trabalho, o significado de ser mulher ainda se encontra atrelado ao desempenho de papéis de esposa, mãe, dona de casa, sendo ideal e natural que essas mulheres sejam devotas ao cuidado da família (KLOCZKO; MARQUES; ZARPELON, 2021).

Os dados brasileiros comparados com os produzidos em outros países do mundo, mostram que em países europeus e americanos do norte, a maior entrada da mulher no mercado de trabalho formal e a redução do número de filhos por casal refletem na redução expressiva do número de horas gastos no trabalho doméstico não remunerado pelas mulheres; enquanto que no Brasil, observa-se apenas uma leve redução da quantidade de horas de trabalho doméstico exercido pela mulher ao longo dos anos, continuando as mesmas a despender número muito maior que os homens nas atividades domésticas e de cuidado, ainda quando em dupla jornada de trabalho (FONTOURA, et. al., 2016, p. 71).

Ao refletir em quais termos seriam viáveis para dar visibilidade ao trabalho de cuidado exercido pelas mulheres, a autora Silva Federici assevera que apesar de considerar que o salário é apenas um instrumento utilizado para explorar a força de trabalho, visto que não reflete o valor do labor exercido e que esconde o lucro produzido pelo trabalho, se as mulheres fossem efetivamente remuneradas pelo trabalho de cuidado teriam a

liberdade e independência necessária para livrar-se da situação de precariedade e exploração, pois haveria a quebra do paradigma do destino biológico.

A remuneração justa e o reconhecimento de direitos trabalhistas e previdenciários às mulheres que exercem o trabalho de cuidado deve ser visibilizado tanto quando é exercido como atividade profissional como também quando é exercido no ambiente da própria residência da mulher, de forma concomitante à sua atividade profissional, visto que ambos os casos são capazes de gerar fontes rentáveis econômicas ao país. Vê-se, portanto que:

As mulheres cuidam e são as maiores responsáveis pelo trabalho doméstico e de cuidados no mundo todo, **mas quem cuida delas? Lutar por salários, seguridade social, aposentadoria pode ser o começo para dar início a um processo de mudança** desse quadro de exploração da força de trabalho feminina de forma gratuita, desigual, invisível, desvalorizada e silenciada (OLIVEIRA, 2021, p. 174). (grifo nosso)

Apesar de não haver atualmente, nenhuma previsão legal que reconheça na seara previdenciária, o trabalho de cuidado exercido pelas mulheres em regime de dupla jornada, por necessitarem manter-se no mercado de trabalho, formal ou informal, para garantir a sobrevivência de sua família, alguns projetos de Leis foram apresentados nos últimos anos e estão sendo discutidos nas casas legislativas brasileiras sobre seus méritos. Cita-se, primeiramente, o Projeto de Lei nº 326, de 11 de fevereiro de 2015, de autoria do Deputado Federal Valmir Assunção do PT/BA.

A proposta apresentada neste Projeto de Lei de nº 326/2015, decorre justamente da luta pelo direito das mulheres, especialmente as mulheres negras, para reconhecer e dar visibilidade às horas gastas no trabalho doméstico não remunerado, vistas ainda como não produtivas, considerando que as atividades exercidas pelas mesmas se dariam em razão da ausência da ação efetiva do Poder Público na implementação de políticas públicas sociais e assistenciais para o acolhimento das crianças, pessoas com deficiência, idosos e doentes (BRASIL, 2015). Assim, segundo o deputado:

A ausência do vínculo formal de trabalho e de contribuição direta a previdência social não podem ser arguidas como impeditivo para a concessão do benefício, tendo em vista os longos anos de trabalho no interior do lar em situação de dependência e ausência de autonomia vivenciados pela mulher, a serem sempre devidamente comprovados (BRASIL, 2015).

De maneira semelhante, apresenta-se o Projeto de Lei nº 2757 de 10 de agosto de 2021, pela Deputada Talíria Petrone (PSOL-RJ), que possui o propósito de alterar a Lei nº 8.213/1991, a Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social, em seu art. 18, para incluir no rol de prestações pecuniárias pagas pela previdência social a aposentadoria por cuidados maternos, desde que cumpridos os requisitos previstos na proposta, além de incluir o período de gozo da licença maternidade para aposentadoria da mulher (BRASIL, 1991; BRASIL, 2021).

E por fim, o último Projeto de Lei apresentado nesse sentido é o Projeto de Lei nº 3.062/2021, do Deputado Federal Paulo Bengtson (PTB-PA), que visa tratar sobre a possibilidade de assegurar um percentual de acréscimo no valor do benefício previdenciário auferido pelas mulheres, no caso daquelas que se dedicam ao cuidado de filhos, sendo o máximo de acréscimo proposto, o percentual de 10% sobre o valor da prestação paga à mulher, a depender da quantidade de filhos, e se forem adotados ou pessoas com deficiência (BRASIL, 2021).

Vale citar ainda que alguns países latino-americanos já legislaram no sentido de reconhecer esse labor exercido majoritariamente por mulheres no âmbito da previdência social, a exemplo da Argentina, Chile e Uruguai. A Argentina aprovou, recentemente, o Decreto nº 475/2021 que alterou a Lei de nº 24.241/1993, que trata do sistema de aposentadorias e pensões no país, dispondo sobre a hipótese de cômputo de um ano de serviço por cada filho ou filha nascidos vivos, dois anos para cada filho ou filha adotados menores, e um ano para cada filho ou filha incapacitados menores de idade, nascidos vivos ou adotados, para aquelas mulheres que pretendem ser beneficiárias da Prestação Básica Universal (ARGENTINA, 1993; ARGENTINA, 2021).

O Chile, por sua vez, também prevê a possibilidade de um acréscimo no valor da aposentadoria da mulher com 65 anos de idade, de acordo com a quantidade de filhos nascidos vivos ou adotados de acordo com os artigos 74 e 79 da Lei nº 20.255/08, com recentes alterações pela Lei nº 21.419/2022 (CHILE, 2008). De maneira semelhante, o Uruguai aprovou a Lei nº 18.395/08 que estabeleceu em seu Capítulo V, o direito das mulheres de computarem um ano por filho nascido vivo e os adotivos menores ou incapacitados, com limite máximo de cinco anos, com o objetivo de apurar os anos de serviço exercidos fictamente pela mulher uruguaia (URUGUAY, 2008).

Se não fosse considerado o cuidado materno para o cálculo do tempo de contribuição no âmbito da previdência social uruguaia, a mulher, mesmo tendo exercido horas de trabalho nestas atividades durante o seu dia, precisaria continuar no mercado de trabalho por mais tempo até conseguir alcançar um benefício previdenciário, consoante requisitos legais. Ademais, vê-se por meio da legislação desses países que a ausência do reconhecimento previdenciário no Brasil não é fruto da existência de normas jurídicas

previdenciárias intransponíveis, uma vez que não há restrição de natureza normativa que não possa ser excepcionada.

Dessa forma, ao longo do referido estudo foi possível observar ser possível tal reconhecimento, considerando as normas vigentes, entretanto em contrapartida, evidencia-se que a desigualdade de gênero, o machismo, a misoginia, o patriarcalismo e o racismo estão profundamente enraizados na sociedade brasileira e impedem a aprovação de normas e políticas públicas na área, razão pelo qual faz-se necessária a luta e resistência contra esses estigmas para que esse reconhecimento ocorra.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, buscou-se por meio do presente estudo apresentar a possibilidade do reconhecimento previdenciário do trabalho de cuidado exercido em dupla jornada pelas mulheres. Constatou-se, a partir da breve síntese realizada acerca dos reflexos da (des)igualdade de gênero na sociedade brasileira que a pauta sobre a desigualdade entre homens e mulheres é uma questão muito antiga, que não está presente apenas na sociedade brasileira, mas no mundo inteiro.

Sabe-se que a previdência social se fundamenta sobre os princípios da universalidade, solidariedade e de distributividade, e possui o condão de garantir a segurança social às/aos trabalhadoras/es diante das fatalidades inerentes ao mundo do trabalho capitalista, calcado na exploração. Visando, minimamente, proteger as/os trabalhadoras/es em algumas hipóteses de cessação do salário ou remuneração – como em caso de doença, morte, dependência, desemprego, velhice. Assim, é ligada diretamente à conjuntura do mercado, à exploração laboral e ao esgotamento da força de trabalho, refletindo também as especificidades da discriminação de gênero que marcam o capitalismo patriarcal brasileiro.

Entretanto, o que se observa quando se discute o trabalho de cuidado é o contrário disso, tendo em vista que as mulheres possuem menores salários, maior carga/tempo de trabalho, ocupam postos de trabalho precário e rotativos, são atingidas em maior escala pelo desemprego e informalidade, não possuem qualquer proteção diante das condições desgastantes de trabalho as quais muitas se submetem, dentre muitos outros fatores que ocorrem seja em razão da desigualdade de gênero e a desvalorização da mão de obra feminina, ou seja em razão da desnaturalização e o não reconhecimento do trabalho de cuidado.

Assim, foi possível concluir que esses entraves podem ser superados a partir da criação de uma norma legal que supra a lacuna existente no ordenamento jurídico atual acerca dos direitos previdenciários e trabalhista das mulheres que exercem o trabalho de

cuidado em dupla jornada. Para tanto, faz-se necessário lutar e ser resistente contra a desigualdade de gênero, o machismo, a misoginia, o patriarcalismo e o racismo, os quais encontram-se profundamente enraizados na sociedade brasileira e impedem a aprovação de normas e políticas públicas na área. A aprovação de alguma proposta nesse sentido só será possível a partir do entendimento efetivo do papel da mulher na sociedade e o respeito à igualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nacion.

Decreto 475, Julio 19 de 2021. Incorporase como articulo 22 bis de la ley nº 24.241 y sus modificaciones. Incorporase como articulo 27 bis de la ley nº 24.241 y sus modificaciones. Disponível em: <https://bityli.com/vGqoefzR>. Acesso em: 14 out. 2022.

ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nacion. **Ley 24.241, Setiembre 23 de 1993.** Creación. Ambito de aplicación. Disposiciones complementarias y transitorias. Consejo Nacional de Previsión Social. Creación y Misión. Compañías de Seguros. Prestaciones No Contributivas. Normas sobre el Financiamiento. Disponível em: <<https://bityli.com/YTDAEZHZ>>. Acesso em: 14 out. 2022.

ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. **Feminismo para os 99%:um manifesto.** Tradução Heci Regina Candiani. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

BARRETO, Laudicena Maria Pereira. **A (ultra) precarização do trabalho como condição de acesso à Previdência Social.** SER Social, Brasília, v. 18, n. 39, p. 689- 704, jul.-dez./2016. Disponível em: encurtador.com.br/crDK2. Acesso em: 11 nov. 2021.

BASSANEZI; Carla; PRIORE, Mary Del. **História das mulheres no Brasil.** 7. ed. São Paulo: Contexto, 2004. Disponível em: < <https://cutt.ly/yI4wjEs>>. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2757/2021.** Altera a Lei nº 8213/1991, de 24 de julho de 1991 para dispor sobre a aposentadoria por cuidados maternos. Disponível em: <https://bityli.com/BoEXRILc>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 326/2015.** Dispõe sobre o sistema especial de inclusão previdenciária de trabalhadores e trabalhadoras sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico de sua residência e dá outras providências. Disponível em: <https://bityli.com/eXEKKADx>. Acesso em: 16 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3062/2021.** Dispõe sobre o cálculo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social e assegura adicional no valor do benefício no caso de mulheres que se dedicam ao cuidado de filhos. Disponível em: <https://bityli.com/KLIAnfDm>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL; MF; DATAPREV. **Anuário Estatístico da Previdência Social**, 2014. Ministério da Fazenda, Secretaria de Previdência, Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência. Ano 1 (1988/1992). Brasília: MF/DATAPREV, 2015.

CHIES, P. V. **Identidade de gênero e identidade profissional no campo de trabalho**. Estudos Feministas, Florianópolis, v. 18, n. 2, p. 507, jan. 2010. ISSN1806-9584.

CHILE. Ley Núm. 20.255, 17 de Marzo de 2008. **Estabelece Reforma Previsional**. Disponível em: <https://bityli.com/BoefBsXX>. Acesso em: 14 out. 2022.

CHILE. Ley Núm. 21.419, 26 de Enero de 2022. **Crea la pensión garantizada universal y modifica los cuerpos legales que indica**. Disponível em: <https://bityli.com/HJuOBWSk>. Acesso em: 14 out. 2022.

FONTOURA, Natália de Oliveira. et al. **Uso do tempo e gênero**. Rio de Janeiro: UERJ, 2016. Disponível em: <https://bityli.com/kYmTLOWr>. Acesso em: 12 out. 2022.

GELINSKI, C. R. O. G.; PEREIRA, R. S. **Mulher e trabalho não remunerado**. Revista Mulher e Trabalho, Porto Alegre, FEE, v.5, p. 79-87, 2005. Disponível em: <<http://www.fee.rs.gov.br/sitefee/download/mulher/2005/artigo5.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2022.

GUEDES, Mylena. **Mulheres ganham 77,7% do salário dos homens no Brasil, diz IBGE**, 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/mulheres-ganham-77-7-dos-salarios-dos-homens-no-brasil-diz-ibge/>. Acesso em: 01 out. 2022.

GUIMARÃES, N. A.; HIRATA, H. **Apresentação**: controvérsias desafiadoras. Tempo Social, São Paulo, v. 26, n. 1, jun. 2014.

HIRATA, Helena, et. al. **Dicionário Crítico do Feminismo**. São Paulo: Editora Unesp, 2009. Disponível em: < <https://cutt.ly/II4iFjz>>. Acesso em: 25 jan. 2022.

HIRATA, Helena. **O trabalho de cuidado**. v.13 n. 24, 2016. Disponível em: <https://bityli.com/cgruxVik>. Acesso em: 15 out. 2022.

HIRATA, H. ; KERGOAT, D. **Division sexuelle du travail professionnel et domestique**: Brésil, France, Japon. In: HIRATA, H. ; LOMBARDI, M. (Coord.). **Marché du travail et genre. Regards croisés: France Europe-Amérique Latine**. Paris: la Découverte, 2008. p. 197-209. Tradução em português: A. Costa, C. Bruschini, B. Sorj, H. Hirata (coord); **Mercado de trabalho e gênero: comparações internacionais**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2008.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas de gênero**: indicadores sociais das mulheres no Brasil. Segunda Edição. Publicações de 2019 a 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 09 set. 2022.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Anual**. Outras formas de trabalho: 2019. Informativo. Rio de Janeiro. 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/KiQbQpHQ>>. Acesso em: 15 out. 2022.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Women at work**. Trends 2016. Geveva: ILO, 2016. Disponível em: <<https://cutt.ly/BUlclYQ>>. Acesso em: 15 out. 2022.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Mercado de trabalho**: conjuntura e análise. Brasília: Ipea: MTE, 2014.

JESUS, Dánie Marcelo de. **Educados no sexo neutro**: a construção discursiva de sexualidade de gênero. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbla/a/KQKsxFXQ8mnpH6RMJWZngzj/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 set. 2022.

JESUS, Jordana Cristina de. **Trabalho doméstico não remunerado no Brasil**: uma análise de produção, consumo e transferência. 2018. Tese (Doutorado em Demografia) - Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional da Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://bityli.com/yMstIEQn>. Acesso em: 10 out. 2022.

KERGOAT, Danièle. **Dinâmica e consubstancialidade das relações sociais**. Tradução de Antônia Malta Campos. Em: Revista Novos Estudos, CEBRAP, n 86, mar. 2010, p. 93-103.

KLOCZKO, Rayssa; MARQUES, Lohana Moreira; ZARPELON, Geovani. **Trabalho doméstico não remunerado: um olhar para a saúde mental de mulheres em tempos de COVID-19**. Revista de Estudos Vale do Iguaçu, Paraná, n. 37, ano 2021, v. 01, p. 204-219. Disponível em: < <https://cutt.ly/CTgtbw7>>. Acesso em: 12 out. 2022.

LIRA, Joseane Laurentino de Brito. **O trabalho doméstico não remunerado: uma abordagem discursiva**. 2019. Tese (Doutorado em Letras) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019. Disponível em: Acesso em: 15 out. 2022.

MACIEL, Marinalva Cardoso. **A divisão do trabalho doméstico e a oferta de trabalho dos casais no Brasil**. 2008. Tese (Doutorado em Economia) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <https://bityli.com/JyASwXKe>. Acesso em: 15 out. 2022.

MELO, Hildete; MORAES, Lorena Lima. **Uso do tempo e valoração do trabalho não remunerado no Brasil**. Coletânea: A arte de tecer o tempo: Perspectivas feministas. Organizadoras: Hildete Pereira de Melo e Lorena Lima Moraes. 1. ed. Campinas, SP: Pontes Editores, 2021.

OLIVERA, Lhaysla Manuelle Matos. **Trabalho doméstico não-remunerado**: entraves para o reconhecimento dos efeitos previdenciários da dupla jornada no Brasil. Dissertação de Conclusão de Curso – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, SE. Disponível em: https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/15931/2/Lhaysla_Manuelle_Matos_Oliveira.pdf. Acesso em: 12 out. 2022.

PICCHIO, A. **Trabalho feminino no cerne do mercado de trabalho**. Tematicas, Campinas, SP, v. 26, n. 52, p. 69–104, 2018. DOI: 10.20396/tematicas.v26i52.11704. Disponível em: <https://econtents.bc.unicamp.br/inpec/index.php/tematicas/article/view/11704>. Acesso em: 15 out. 2022.

RODRIGUES, Bruna Angela. **A condição da mulher na Previdência Social no Brasil**. 2017. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Departamento de Serviço Social da Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <<https://cutt.ly/rI4neoE>>. Acesso em: 12 out. 2022.

SILVA, Dayane Maximiano da. **Trabalho e Previdência Social no Brasil**: uma análise da desigualdade de gênero. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Economia) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018. Disponível em: <<https://cutt.ly/EI4mkDn>>. Acesso em: 15 out. 2022.

URUGUAY. Ley nº 18.395, 24 de Octubre de 2008. **Modificaciones a la Ley 16.713 de Seguridad Social**. Flexibilización del Regimen de Acceso a Beneficios Jubilatorios. Disponível em: <https://bityli.com/acgfwAaO>. Acesso em: 15 out. 2022.

O DESENVOLVIMENTO DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E SEU REFLEXO NA TEORIA DO BEM JURÍDICO PENAL DIFUSO: ESPÉCIES DE INTERESSES: PÚBLICO E PRIVADO; PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO; TRANSINDIVIDUAL: COLETIVOS, DIFUSOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E SEUS EFEITOS NO BEM JURÍDICO PENAL

ANTONIO CARLOS HORVATH: Mestre em "*Seguridad Jurídica y Justicia Penal em Iberoamérica*" pela Universidade de Salamanca -Espanha; Mestrando em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Promotor de Justiça.

CRISTIANO MEDINA DA ROCHA³⁴

(coautor)

RESUMO: Este artigo pretende discutir o desenvolvimento dos interesses difusos e coletivos, a relevância da tutela constitucional e legal, além das espécies de interesses e seus reflexos nas ciências criminais como corolário da perspectiva histórica da evolução dos direitos humanos em suas dimensões. O presente estudo objetiva, por meio do método analítico-descritivo, apresentar a conexão entre o interesse jurídico transindividual e o conceito do bem jurídico penal difuso, com a conseqüente expansão ou hipertrofia do Direito Penal, em razão deste liame. Pretende ainda, identificar e apresentar a tríplice classificação de bens jurídicos penais, tendo por finalidade última contribuir e resguardar o sistema penal constitucional, de *ultima ratio*, que tenha por fundamento e epicentro axiológico a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chaves: Interesses Transindividuais. Espécies de Interesse. Bem Jurídico Penal Difuso. Dogmática Penal. Hipertrofia Direito Penal.

ABSTRACT: This article intends to discuss the development of diffuse and collective interests, the relevance of the constitutional and legal protection, as well as the species of interests and their consequences in the criminal sciences as a corollary of the historical perspective of the evolution of human rights in its dimensions. This study objectives, through the deductive method, to present the connection between the transindividual legal interest and the concept of diffuse criminal legal good, with the consequent expansion or hypertrophy of Criminal Law, due to this link. It also intends to identify and present the triple classification of criminal legal assets, with the ultimate purpose of

34 Mestrando em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Advogado.
E-mail: cristianomedinadarocha@gmail.com.

contributing to and protecting the ultima ratio constitutional criminal system, based on and with the human dignity as its axiological epicenter.

Keywords: Transindividual Interests. Species of interest. Criminal legal object diffuse. Criminal Dogmatics. Hypertrophy of Criminal Law

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A evolução dos direitos humanos e suas dimensões; 3. O desenvolvimento dos interesses difusos e coletivos e a relevância da tutela constitucional e legal; 3.1. Espécies de interesses transindividuais ou metaindividuais; coletivos, difusos e individuais homogêneos; 3.2. Interesse público e privado; primário e secundário; 4. Bem jurídico Penal; 4.1. Bem jurídico penal e interesses difusos e coletivos; 4.2. A tríplice classificação do bem jurídico penal; 5. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

As dimensões de direitos humanos evoluíram reconhecendo novos direitos, notadamente os de conotação transindividuais ou metaindividuais. De igual modo, com este reconhecimento houve também novas conflitos de interesses. Neste contexto, foi necessário modificar as normas de direito material e processual para atender as demandas decorrentes desses novos interesses. Ademais, este fenômeno, modificou a linha divisória entre o interesse público e privado e, principalmente, trouxe reflexos em todo o sistema jurídico.

Considerando o fato acima, indaga-se se o desenvolvimento dos interesses transindividuais e sua tutela constitucional reverberou na doutrina do bem jurídico, especialmente no conceito de bem jurídico penal? E as consequências dessa conexão seriam a causa da expansão ou hipertrofia do Direito Penal?

O estudo ora apresentado tem por objetivo, por meio do método dedutivo, apresentar o liame entre o interesse jurídico transindividual e o conceito do bem jurídico penal difuso e a conseqüente expansão do Direito Penal. De igual forma, visa identificar e apresentar a tríplice classificação de bens jurídicos penais, com fim de resguardar e assegurar que sistema penal constitucional tenha por fundamento e epicentro axiológico a dignidade da pessoa humana.

Para tanto discorreremos, ao longo do trabalho, sobre os interesses metaindividuais, seu desenvolvimento com a evolução dos direitos humanos, sua tutela constitucional e legal. Diferenciaremos as espécies de interesses metaindividuais; coletivos, difusos e individuais homogêneos, de igual modo o interesse público e privado; primário e secundário.

Na sequência examinaremos o conceito de bem jurídico penal, e o desenvolvimento do bem jurídico penal difuso e coletivo. Analisaremos também, a tríplice classificação do bem jurídico, conforme a espécie de delito

Por fim, buscaremos demonstrar o reflexo e as conexões que os direitos de terceira dimensão, com conotação coletiva e metaindividual, trouxeram ao sistema penal, mormente ao conceito de bem jurídico difuso, tendo por finalidade última contribuir e resguardar o sistema penal constitucional, de *ultima ratio*, que tenha por fundamento e epicentro axiológico a dignidade da pessoa humana.

2. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUAS DIMENSÕES

A concepção de direitos humanos fundamentais, tem sua origem nas diversas fontes inspiradas nas tradições das civilizações, tendo adquirido inquestionável relevância ao longo da história, face seus pressupostos e princípios voltados a proteção da dignidade da pessoa humana de forma universal, guiados pela reunião dos axiomas jurídicos-filosóficos extraídos dos enunciados do direito natural e do cristianismo.

Karl Jaspers identifica o nascedouro dessa fusão de pensamentos jurídicos-filosóficos que deu origem ao nascimento espiritual do ser humano, entendendo que

(...) se situaria no ponto de nascimento espiritual do homem, onde se realizou de maneira convincente, tanto para o Ocidente como para a Ásia e para toda a humanidade em geral, para além dos diversos credos particulares, o mais rico desabrochar do ser humano; estaria onde esse desabrochar da qualidade humana, sem se impor como uma evidência empírica; seria, não obstante, admitido de acordo com um exame dos dados concretos; ter-se-ia encontrado para todos os povos um quadro comum, permitindo a cada um melhor compreender sua realidade histórica. Ora este eixo da história nos parece situar-se entre 500 a.C. no desenvolvimento espiritual que aconteceu entre 800 e 200 anos antes de nossa era. É aí que se distingue a mais marcante cesura na história. É então que surgiu o homem com o qual convivemos ainda hoje. Chamamos breve essa época de período axial. (LIBANIO, 2002, p.163)

No antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., já se encontram mecanismos de proteção dos direitos individuais e limitação do poder estatal. O Código de Hammurabi (1690 a.C.) consagra direitos comuns a todos os homens, tais como, honra, vida, propriedade, família, igualdade e dignidade. Há ainda, previsão de a supremacia das leis em relação aos governantes.

No campo filosófico-religioso pode-se observar enunciados destinados a proteção dos direitos humanos, o que se percebe nos ensinamentos de Buda, que prega a igualdade de todos os homens (500 a.C).

Na Grécia há vários estudos sobre a igualdade e liberdade do homem, e de sua participação na política, como exemplo a difundida democracia direta de Péricles. A obra *Antígona* - 441 a.C -, Sófocles já defende a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos pelo homem.

A Lei das Doze Tábuas é considerada por alguns autores a origem dos textos escritos que primou pela proteção da propriedade, liberdade, e proteção aos direitos do homem, tendo o direito romano estabelecido mecanismos de interditos visando proteger os direitos individuais contra as arbitrariedades dos governantes.

A doutrina difundida pelo Cristianismo, com a mensagem de igualdade de todos os semelhantes, independentemente de origem, raça, sexo ou credo, é vista por alguns doutrinadores como a base dos direitos humanos fundamentais.

Os direitos humanos da 1.^a dimensão retratam a transição de um Estado autoritário para um Estado de Direito, primando pelo respeito às liberdades individuais, frente aos abusos do absolutismo.

Seus primados são identificados nas primeiras Constituições escritas, e refletem o pensamento liberal-burguês do século XVIII que buscaram materializar o respeito às liberdades públicas, direitos políticos, direitos civis traduzindo o valor liberdade como princípio supremo dos direitos humanos.

Paulo Bonavides sustenta que:

os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2002, p. 72).

Os direitos humanos de 1.^a geração (séculos XVII, XVIII e XIX), são marcados pelos seguintes documentos históricos: Magna Carta de 1215, assinada pelo rei "João Sem terra"; *Petition of Right*, de 1628; Paz de Westfália (1648); *Habeas Corpus Act* (1679); *Bill of Rights* (1688); Declarações, seja a americana (1776), seja a francesa (1789).

A outorga da Magna Carta de 1215 se deu face a crise que se instalou na Inglaterra entre 1202 e 1204, tendo o Rei João perdido grande extensão de suas terras

ancestrais na França para o Rei Filipe II. O Rei João, lutou por muito anos tentando recuperá-las, mas sem êxito foi derrotado definitivamente na Batalha de Bouvines, em 27 de julho de 1214, dando fim àquela Guerra anglo-francesa.

O Rei derrotado, exigiu um aumento dos tributos, mas enfraquecido pelas derrotas, houve grande pressão da nobreza, liderada por Robert Fitzwalter, que forçou João a assinar a Magna Carta, em 15 de junho de 1215, para evitar uma guerra civil. A Carta prometia a proteção dos direitos da igreja, proteção contra prisão ilegal, acesso à justiça rápida e, mais importante, limitações de impostos e outros pagamentos feudais à Coroa, pois exigia que os nobres concordassem com instituição de novos impostos. Apesar de ter maior ênfase nos direitos dos nobres, também concedia direitos aos servos, nos artigos 16, 20 e 28.

Uma das cláusulas que maior importância teve ao longo do tempo é o artigo 39: "Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra".

Significa que o rei devia julgar os indivíduos conforme a lei, seguindo o justo processo, e não segundo a sua vontade, até então absoluta.

O artigo 40 dispõe que: "A ninguém vendemos, a ninguém recusaremos ou atrasaremos, direito ou justiça".

A Magna *Charta Libertatum*, instituiu a liberdade da Igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção (A multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcional à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcional ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator - item 20); previsão do devido processo legal; liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país.

A *Petition of Right*, de 1628, dispunha expressamente que ninguém seria obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou benevolência e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seria chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de qualquer forma, molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em pagá-los. Previa, ainda, que nenhum homem livre ficasse sob prisão ou detido ilegalmente.

A chamada Paz de Vestfália (ou de Vestefália, ou ainda Westfália), é também conhecida como os Tratados de Münster e Osnabruque - ambas as cidades atualmente na

Alemanha - designa uma série de tratados que encerraram a Guerra dos Trinta Anos e também reconheceram oficialmente as Províncias Unidas e a Confederação Suíça.

Este conjunto de enunciados é o marco inaugural do moderno sistema da Comunidade Internacional, que consensualmente firmaram em seus regramentos legais noções e princípios de soberania estatal e de estado-nação. Embora o imperativo da paz tenha surgido em decorrência de uma longa série de conflitos generalizados, surgiu com eles a noção embrionária de que uma paz duradoura derivava de um equilíbrio de poder, noção essa que se aprofundou com o Congresso de Viena (1815) e com o Tratado de Versalhes (1919). Por essa razão, a Paz de Vestefália costuma ser o marco inicial do Direito Internacional clássico e uma das bases de estudo das Relações Internacionais.

O *Habeas Corpus Act* 1679 é um ato do Parlamento ocorrido na Inglaterra durante o reinado do Rei Carlos II, cujo objetivo foi o de fortalecer a antiga prerrogativa de habeas corpus que exigia que um tribunal examinasse a legalidade da custódia de um prisioneiro evitando a prisão ilegal.

O *Habeas Corpus Act*, de 1679, regulamentou o instituto que já existia na *common law*, dispondo que por meio de reclamação ou requerimento escrito de algum indivíduo ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime (exceto se se tratar de traição ou felonía, assim declarada no mandado respectivo, ou de cumplicidade ou de suspeita de cumplicidade, no passado, em qualquer traição ou felonía, também declarada no mandado, e salvo o caso de formação de culpa ou incriminação em processo legal), o lorde-chanceler ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, depois de terem visto cópia do mandado ou o certificado de que a cópia foi recusada, poderiam conceder providência de habeas corpus (exceto se o próprio indivíduo tivesse negligenciado, por dois períodos, em pedir a sua libertação) em benefício do preso, a qual será imediatamente executada perante o mesmo lorde-chanceler ou o juiz; e, se afiançável, o indivíduo seria solto, durante a execução da providência, comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal competente. Além de outras previsões complementares.

O *Habeas Corpus Act* previa multa de 500 libras àquele que voltasse a prender, pelo mesmo fato, o indivíduo que tivesse obtido a ordem de soltura.

A Declaração de Direitos de 1689 foi um documento elaborado no período conhecido de Revolução Gloriosa, após a fuga de Jaime II diante da chegada das tropas de Guilherme III em território britânico.

A Declaração, impôs limitações às ações da Coroa perante o Parlamento e passou a regular a sucessão da Coroa. O documento impediu que fossem realizadas

cobranças de impostos sem o consentimento parlamentar, impedindo o monarca de interferir nas eleições parlamentares e a suspensão de leis sem a anuência parlamentar. A Declaração é considerada um dos pilares do sistema constitucional do Reino Unido que estabelece limites aos poderes do monarca e declara os direitos do Parlamento, incluindo regular deliberação parlamentar, eleições livres e liberdade de expressão no Parlamento. *O Bill of Rights* é o primeiro documento oficial que garante a participação popular, por meio de representantes parlamentares, na criação e cobrança de tributos, sob pena de ilegalidade, vedando, ainda, a instituição de impostos excessivos e de punições cruéis e incomuns.

O Bill of Rights, de 1689, decorrente da abdicação do rei Jaime II e outorgada pelo Príncipe de Orange, no dia 13 de fevereiro, significou enorme restrição ao poder estatal, prevendo, dentre outras regulamentações: fortalecimento ao princípio da legalidade, ao impedir que o rei pudesse suspender leis ou a execução das leis sem o consentimento do Parlamento; criação do direito de petição; liberdade de eleição dos membros do Parlamento; imunidades parlamentares; vedação à aplicação de penas cruéis; convocação frequente do Parlamento.

Saliente-se, porém, que apesar do avanço em termos de declaração de direitos, o *Bill of Rights* expressamente negava a liberdade e igualdade religiosa, ao prever em seu item IX que, considerando que a experiência tem demonstrado que é incompatível com a segurança e bem-estar deste reino protestante ser governado por um príncipe papista ou por um rei ou rainha casada com um papista, os lordes espirituais e temporais e os comuns pedem, além disso, que fique estabelecido que quaisquer pessoas que participem ou comunguem da Sé e Igreja de Roma ou professem a religião papista ou venha a casar com um papista sejam excluídos e se tornem para sempre incapazes de herdar, possuir ou ocupar o trono deste reino, da Irlanda e seus domínios ou de qualquer parte do mesmo ou exercer qualquer poder; autoridade ou jurisdição régia; e, se tal se verificar, mais reclamam que o povo destes reinos fique desligado do dever de obediência e que o trono passe para a pessoa ou as pessoas de religião protestante que o herdariam e ocupariam em caso de morte da pessoa ou das pessoas dadas por incapazes.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776) foi o documento no qual as chamadas Treze Colônias, localizadas na América do Norte, declararam independência da Grã-Bretanha.

Uma das frases mais conhecidas do idioma inglês é extraído da Declaração de Independência, criando um padrão moral de conduta aos americanos - "Consideramos estas verdades como autoevidentes, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes são vida, liberdade e busca da felicidade."

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, teve como predominância a limitação do poder estatal, como se percebe por algumas passagens que registram: que a história do atual Rei da Grã-Bretanha compõe-se de repetidos danos e usurpações, tendo todos por objetivo direto o estabelecimento da tirania absoluta sobre estes Estados. Para prová-lo, permitam-nos submeter os fatos a um cândido mundo: recusou assentimento a leis das mais salutares e necessárias ao bem público, dissolveu Casas de Representantes repetidamente porque se opunham com máscula firmeza às invasões dos direitos do povo; dificultou a administração da justiça pela recusa de assentimento a leis que estabeleciam poderes judiciários; tornou os juízes dependentes apenas da vontade dele para gozo do cargo e valor e pagamento dos respectivos salários; tentou tornar o militar independente do poder civil e a ele superior

Igualmente, a Constituição dos Estados Unidos da América e suas dez primeiras emendas, aprovadas em 25-9-1789 e ratificadas em 15-12-1791, pretenderam limitar o poder estatal estabelecendo a separação dos poderes estatais e diversos direitos humanos fundamentais: liberdade religiosa; inviolabilidade de domicílio; devido processo legal; julgamento pelo Tribunal do Júri; ampla defesa; impossibilidade de aplicação de penas cruéis ou aberrantes.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) é um documento inspirado nos princípios do Iluminismo, que define os direitos individuais e coletivos dos homens (tomada, teoricamente, a palavra na acepção de "seres humanos") como universais. Influenciada pela doutrina dos "direitos naturais", os direitos dos homens são tidos como universais: válidos e exigíveis a qualquer tempo e em qualquer lugar, pois permitem à própria natureza humana.

Ao tratar da Declaração francesa, destacam a garantia à assistência aos necessitados como uma 'dívida sagrada' da sociedade e o direito de acesso à educação (arts. 21 e 22), princípios que inspiraram a Constituição brasileira do Império de 1824 que incluía entre os direitos fundamentais dois direitos sociais, os socorros públicos e a instrução primária gratuita (art. 179, XXXI e XXXII), ambos direitos sociais.

A consagração normativa dos direitos humanos fundamentais, porém, coube à França, quando, em 26-8-1789, a Assembleia Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com 17 artigos. Dentre as inúmeras e importantíssimas previsões, podemos destacar os seguintes direitos humanos fundamentais: princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção de inocência; liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento.

A Constituição francesa de 1791 trouxe novas formas de controle do poder estatal, porém coube à Constituição francesa de 1793 uma melhor regulamentação dos direitos humanos fundamentais, cujo preâmbulo assim se manifestava: "O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do governo com a finalidade de toda a instituição social, nunca se deixem oprimir ou aviltar pela tirania; a fim de que o povo tenha sempre perante os olhos as bases da sua liberdade e da sua felicidade, o magistrado a regra dos seus deveres, o legislador o objeto da sua missão. Por consequência, proclama, na presença do Ser Supremo, a seguinte declaração dos direitos do homem e do cidadão".

Dentre outras previsões, foram consagrados os seguintes direitos humanos fundamentais: igualdade, liberdade, segurança, propriedade, legalidade, livre acesso aos cargos públicos, livre manifestação de pensamento, liberdade de imprensa, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade entre delitos e penas, liberdade de profissão, direito de petição, direitos políticos.

A Revolução Industrial, (Século XIX), foi marcada pela crescente urbanização e o surgimento da sociedade de massa, que refletiu na massificação da produção e do consumo, surgindo assim a necessidade de se garantir uma igualdade real e não meramente formal, momento este, que o Estado passou a promover a proteção a educação, ao trabalho, ao amparo ao idoso, dentre tantas outras.

Desta forma, a segunda dimensão, tutela os direitos de igualdade e impõe ao Estado o fornecimento de prestações destinadas ao cumprimento da igualdade material, proteção aos direitos políticos, econômicos e sociais.

O Estado Social foi instituído neste período, com uma atuação intervencionista de modo a garantir não somente a liberdade, mas também a efetiva promoção social.

Nesse contexto aparece os corpos sociais intermediários como um agrupamento de classe ou categorias de pessoas que se organizaram para resguardar interesses comuns em prol de uma coletividade.

A denominação de Estado Social se deve ao fato de que esses grupos defendiam interesses que não eram públicos, tão pouco meramente individuais, mais sim "intermediários", ou seja, que transcendiam ao indivíduo sem se constituir necessariamente em interesse público. É o início do desenvolvimento e reconhecimento da existência de direitos difusos e coletivos.

A proteção dos direitos sociais, culturais, econômicos, coletivos e de igualdade são materializados nos seguintes documentos: Constituição do México, de 1917; Constituição de Weimar, de 1919; Tratado de Versalhes, 1919 (OIT).

A Constituição do México de 1917 é a lei suprema da federação mexicana até a atualidade. É uma Carta Constitucional liberal e anticlerical, que incorporou em seu texto princípios que visam proteger o trabalho e diversas outras medidas sociais destinadas a restringir a posse de explorações minerais e de terras por estrangeiros.

O texto Constitucional do México reflete as diferentes tendências expressas antes e durante a Revolução Mexicana, tais como, nacionalismo, anticlericalismo, agrarismo, e sensibilidade social. Ressalta-se dentre as proteções sociais a reforma agrária, jornada de oito horas, direito de associação em sindicatos, direito a greve, salário mínimo, limitação do trabalho feminino e infantil.

A Constituição de Weimar de 1919 representa o auge da crise do Estado Liberal do século XVIII e a ascensão do Estado Social do século XX. Foi o marco do movimento constitucionalista que consagrou direitos sociais, de segunda geração/dimensão (relativos às relações de produção e de trabalho, à educação, à cultura, à previdência) e reorganizou o Estado em função da Sociedade e não apenas do indivíduo.

O Tratado de Versalhes de 1919 foi um tratado de paz assinado pelas potências europeias que encerrou oficialmente a Primeira Guerra Mundial. A OIT foi instituída como uma agência da Liga das Nações. A ideia de uma legislação trabalhista internacional surgiu como resultado das reflexões éticas e econômicas sobre o custo humano da revolução industrial. A criação de uma organização internacional para as questões do trabalho baseou-se em argumentos: humanitários: condições injustas, difíceis e degradantes de muitos trabalhadores; políticos: risco de conflitos sociais ameaçando a paz; e econômicos, países que não adotassem condições humanas de trabalho seriam um obstáculo para a obtenção de melhores condições em outros países.

Posteriormente, com o aprofundamento da concepção da proteção dos direitos da humanidade, manifesta-se a terceira dimensão dos direitos fundamentais, com feição na tutela dos direitos de fraternidade e solidariedade, com um olhar para a coletividade. Tal dimensão é marcada pela alteração da sociedade, por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), identificando-se profundas alterações nas relações econômico-sociais, surgindo assim, um movimento de necessária preservação ambiental e proteção dos direitos dos consumidores, já que o ser humano passou a ser inserido em uma coletividade.

São típicos, dessa dimensão a tutela dos interesses difusos como o meio ambiente, o consumidor, o direito à paz etc.

Os direitos a serem tutelados na 3.^a dimensão são os transindividuais, ou seja, aqueles que ultrapassam os interesses do indivíduo, que visam a proteção do gênero humano, como, o direito à paz, ao meio ambiente, consumidor, direito ao desenvolvimento, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, direito de comunicação e tantos outros.

Para Norberto Bobbio a quarta dimensão dos direitos humanos decorre dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, em razão da manipulação do patrimônio genético, “já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”. (BOBBIO, 2004, p 17.)

Paulo Bonavides sustenta que “a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta dimensão, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social”. Destacando-se os direitos ao pluralismo, democracia direta e informação”. Assim, pode-se concluir que os direitos da 4.^a dimensão decorrem da universalização dos direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2002, p. 111)

Ingo Wolfgang Sarlet faz uma crítica sobre a posição de Bonavides, afirmando:

(...)a proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo etc., como integrando a quarta geração, oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade. (SARLET, 2018, p.32)

Para Paulo Bonavides, o direito à paz deva ser tratado em dimensão autônoma, já que é axioma da democracia participativa, entendido como, supremo direito da humanidade, contrariando entendido de Karel Vasak que o enquadra como de 3.^a dimensão.

3. O DESENVOLVIMENTO DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS E A RELEVÂNCIA DA TUTELA CONSTITUCIONAL E LEGAL

Nas últimas décadas a tutela dos interesses difusos e coletivos vem ganhando relevância, especialmente diante do destaque que a Constituição da República de 1988 (CR) concedeu aos temas de direito material e processual ligados ao assunto.

E isso não poderia ser diferente, face as características da nossa Constituição, que instituiu o Estado Social e Democrático de Direito, assim como assegurou diversos direitos fundamentais de dimensão coletiva.

O desenvolvimento da matéria decorre da própria evolução do conceito e da ideia do Estado, de Absolutista, para Liberal e posteriormente para o Social, sob o influxo das gerações ou dimensões dos Direitos Humanos, conforme acima salientado.

Porém, fazendo o recorte da segunda dimensão, podemos afirmar que com a Revolução Industrial, em meados do Século XIX e a crescente urbanização, inicia-se a sociedade de massa, com a produção e o consumo também em massificados, de tal modo que foi necessário se garantir uma igualdade real e não meramente formal, protegendo, por exemplo o trabalho humano, o amparo ao idoso, a educação etc. Desta forma, a segunda dimensão, tutela os direitos de igualdade e impõe ao Estado o fornecimento de prestações destinadas ao cumprimento da igualdade material. São os direitos políticos, econômicos e sociais. E como consequência o modelo de Estado Social ou do Bem-Estar Social, com uma atuação intervencionista do modo a garantir não somente a liberdade, mas também a efetiva promoção social.

Nesse contexto aparece os corpos sociais intermediários como um agrupamento de classe ou categorias de pessoas que se organizaram para resguardar interesses comuns em prol de uma coletividade. Sua denominação se deve ao fato de que esses grupos defendiam interesses que não eram públicos, tão pouco meramente individuais, mais sim "intermediários", ou seja, que transcendiam ao indivíduo sem se constituir necessariamente em interesse público. É o início do desenvolvimento e reconhecimento da existência de direitos difusos e coletivos.

Posteriormente, com o aprofundamento da concepção da proteção dos direitos da humanidade, manifesta-se a terceira dimensão dos direitos humanos, com feição na tutela dos direitos de fraternidade e solidariedade, com um olhar para a coletividade. São típicos, dessa dimensão a tutela dos interesses difusos como o meio ambiente, o consumidor, o direito à paz etc.

Desta feita, as mudanças socioeconômicas e políticas ao longo dos últimos séculos redundaram no surgimento e regulamentação dos interesses difusos e coletivos procedentes das dimensões dos direitos humanos e a Constituição da República de 1988

não ficou alheia a isso, pelo contrário, conforme apontado acima, concedeu papel de destaque ao tema.

A título de exemplo, pode-se citar que Capítulo I, do Título II, da CR, disciplinou os Direitos e Deveres individuais e coletivos, e o art. 5.º inciso, XXXV, garantiu o acesso amplo a Justiça, individual e coletiva. Ademais, houve a ampliação do objeto da Ação Popular (art. 5.º, LXXII), bem como a criação do mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX), que pode ser impetrado por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, o que também decorre do direito de representação assegurado no inciso XXI do mesmo artigo, ou ainda na legitimidade dos sindicatos do art. 8.º, III da CR. Por fim, no art. 129, III, a Constituição atribuiu ao Ministério Público a função institucional de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Na legislação infraconstitucional, formou-se um microsistema dos direitos difusos e coletivos, com a Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347/85 e o Código de Defesa do Consumidor Lei 8.078/90. Além disso, a Lei 4.717/65 que disciplina a Ação Popular; a Lei 6.938/81, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente; as Leis 7.853/89 e 13.146/2015 que cuidam da proteção dos interesses das pessoas portadoras de deficiência; o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90; a Lei da Improbidade Administrativa, Lei 8.429/92, dentre outras, que versam sobre a matéria.

3.1. Espécies de Interesses Transindividuais ou Metaindividuais; Coletivos, Difusos e Individuais Homogêneos.

E de início convém afirmar que a palavra interesse, conquanto seja de fácil apreensão nem sempre o é quanto a sua conceituação. Etimologicamente, a palavra significa “entre algo”, tendo como elementos: sujeito, objeto e juízo de valor, podendo-se afirmar que interesse é a relação de desejo ou necessidade entre o sujeito e objeto (bem), sendo que no interesse jurídico essa relação é regulada pelo direito e que pode ser titularizado pelo indivíduo, pela coletividade ou pelo Estado.

Os interesses transindividuais, metaindividuais ou coletivos em sentido amplo, por sua vez, são interesses que transcendem a esfera do indivíduo sem se constituir necessariamente em interesse público. São titularizados por toda a sociedade ao mesmo tempo ou grupo dela. Trata-se de nova categoria que não se enquadra no conceito de interesse público ou de privado. Pertencem a um grupo ou classe de pessoas que tenham entre si um vínculo, seja de natureza jurídica, seja de natureza fática.

Discute-se doutrinariamente, especialmente os juristas italianos que são bem avançados no estudo, se a classificação de um interesse coletivo se refere ao seu aspecto subjetivo, com a soma da vontade dos sujeitos, ou sob seu aspecto objetivo, com a indivisibilidade do seu objeto, não havendo consenso sobre o tema. Contudo, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), utilizando-se dos dois critérios, definiu os interesses transindividuais, bem como suas espécies (RODRIGUES, 2018, p. 30).

Conforme o artigo 81, parágrafo único, I, do CDC, são interesses ou direitos difusos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas em indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato. Do conceito *lege lata*, vislumbramos três características fundamentais: a indivisibilidade do objeto; a indeterminabilidade do sujeito; e a ligação entre eles por um vínculo fático e não jurídico. Exemplo típico dos direitos difusos é a proteção do meio ambiente.

Os interesses coletivos em sentido estrito são definidos no artigo 81, parágrafo único, II, do CDC, como transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Assim, suas características são: a indivisibilidade do objeto; sujeitos determinados ou determináveis; ligados entre si ou com a parte contrária através de uma relação jurídica base. Exemplo dessa espécie de interesse são os consumidores adquirentes de um plano de saúde com cláusula contratual abusiva.

Por fim, os interesses individuais homogêneos, doutrinariamente chamados de acidentalmente coletivos, são definidos no citado artigo como os interesses transindividuais de natureza divisível, de que sejam titulares pessoas determinadas ou determináveis ligadas por uma origem comum, de natureza fática. Suas características são a divisibilidade do objeto, a possibilidade de determinação do sujeito e o vínculo fático, decorrentes da origem comum. Um exemplo se dá com as vítimas de um acidente ocasionados por defeito de fabricação de um bem que é posto no mercado de consumo.

3.2. Interesse Público e Privado; Primário e Secundário.

A distinção clássica entre interesse público e privado já não é suficiente diante das transformações sociais narradas acima, até mesmo porque o termo é equívoco, sendo ultrapassada a concepção por meio da contraposição dos conceitos. Toma-se como exemplo o artigo 98 do Código Civil que define como bens públicos aqueles que não são particulares. E mais, com a implementação do Estado Social, devendo este intervir em busca de uma igualdade real e de uma sociedade fraterna, o conceito de interesse público teve que ser revisitado.

Assim, o interesse público abstratamente pode ser entendido como interesse do povo e abrange as necessidades e conveniências do Estado e da sociedade, sentido titularizado por ambos.

Neste sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello diz que o interesse público seria:

“(...) uma dimensão pública dos interesses individuais (...) o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade como membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem (...) é um interesse igualmente pessoal dessas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridas.” (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 57-59).

Seguindo a doutrina italiana de Renato Alessi (1960, p. 197-198), divide-se o interesse público em primário e secundário, sendo o primeiro o interesse público propriamente dito, aquele que pertence ao povo, o qual o Estado se encarrega de promover e efetivar. Seria o conceito de Bem Comum, Bem Geral, que reuniria a conveniência de toda a sociedade ou parcela desta. Por sua vez, interesse público secundário seria o interesse do Estado enquanto pessoa jurídica de direito público, ou em outras palavras, o interesse privado que o Estado possui enquanto pessoa jurídica. Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli (2010, p. 49), este seria o modo pela qual a administração interpreta o que seria o interesse geral.

Os interesses públicos primário e secundário devem se confundir e, este último, só pode ser atendido quando não colidir com o interesse primário.

Registre-se ainda que mais modernamente a doutrina defende que o interesse público é um conceito jurídico indeterminado, porque o seu conteúdo e extensão são em larga medida incertos, devendo o seu aspecto normativo ser preenchido com um caráter valorativo em cada caso concreto no exercício das funções do ente político competente para tal. Essa ideia acompanha o conceito de um Estado Social e Democrático de Direito que tem por função a promoção da dignidade da pessoa humana (RODRIGUES, 2018, p. 46-49).

4. BEM JURÍDICO PENAL

O Direito Penal é um instrumento de controle social formal e o seu conteúdo reflete o modelo de Estado que o produz, as escolhas políticas na sociedade em um determinado período da história. Tanto assim, que só após a Revolução Francesa de 1789 que ele ganhou a finalidade de ser um mecanismo de proteção do cidadão em face do

poder punitivo estatal, como decorrência dos direitos fundamentais de primeira geração. (direitos civis e políticos, as liberdades públicas negativas).

Nesse contexto, que surge o tema dos princípios do bem jurídico, já que em um Estado Democrático e Social de Direito, o Direito Penal só será legítimo se sua função for de proteção de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e a sociedade. Como ensina Régis Prado:

O bem jurídico tem uma transcendência ontoaxiológica, dogmática e prática que em certo sentido é basilar e, por isso, indeclinável. De sua essência, entidade e conteúdo depende, não já a estrutura técnica, senão a própria existência do ordenamento punitivo de qualquer Estado de cultura democrática” (PRADO, 2018, p.19).

Ao postular a centralidade do conceito de bem jurídico penal, notabiliza-se que o exercício do poder de punir reside na ideia da necessidade de se tutelar bens ou interesses imprescindíveis ao indivíduo ou à sociedade, de tal sorte que o delito pode ser conceituado como a lesão ou ameaça e lesão a bens jurídicos.

Contudo, se a afirmação acima encontra guarida pacífica na doutrina, o mesmo não se pode dizer sobre o conceito de bem jurídico penal, seus elementos, critérios e funções. Chegando alguns autores, como por exemplo: Jakobs, Stratenweth Hirsh, a rejeitar seu conteúdo como útil, pois sua definição seria vaga e fluída, trazendo mais incertezas do que segurança as relações jurídicas. (ISHIDA, 2021, p.19-23).

Assim, imprescindível revisitar-se a evolução do conceito de bem jurídico para definir sua importância como critério de legitimidade da intervenção penal no contexto do Estado Social, firmado no primado da dignidade de pessoa humana.

A caracterização do bem jurídico penal advém das ideias do Iluminismo, com feição individualista de servir de proteção a bens em face do poder punitivo estatal. Desse modo, para Feuerbach, o Estado só poderia se valer do *ius puniendi* quando o delito causar lesão a algum direito subjetivo do cidadão.

Contudo, foi Birnbaum, que modificou a concepção de direito subjetivo, substituindo-a pela noção de bem jurídico, o que influenciou Binding e Franz von Liszt. O primeiro afirmava que o delito consistia em lesão a um direito subjetivo do Estado, sendo que o bem jurídico surgia com a norma por vontade do legislador. O bem jurídico seria, deste modo, o interesse juridicamente tutelado e a norma, o meio eficaz para sua proteção. Já Liszt, defendia que o Direito tem por finalidade proteger os interesses da vida humana, pois é esta que produz bens jurídicos e o legislador institui sua defesa.

No âmbito do neokantismo, o bem jurídico é criado pelo legislador, que consiste em interesses humanos referidos culturalmente, com cunho ético-social em função de necessidades individuais, tutelados pela norma penal. Já no finalismo, Hans Welzel, começa a dar destaque à função seletiva do legislador na escolha dos bens jurídicos penais.

Contemporaneamente, em especial após a Segunda Guerra Mundial, o conceito de bem jurídico obteve uma ressignificação centrada nos limites da intervenção punitiva estatal, destacando-se duas teorias: as sociológicas e as constitucionais.

A primeira ocupa-se da concepção de danosidade social, visando proteger o sistema social, sendo o bem jurídico um filtro para a seleção de condutas que causam danos aos interesses de uma coletividade ao sistema social estabelecido. Assim, garantir a vigência da norma, por meio da asseguuração das expectativas sociais seria a função do Direito Penal. "O direito penal, portanto, protege a validade das normas e essa validade é o bem jurídico penal". (BACIGALUPO, 2005, p 184).

Diante dessa conjectura, o bem jurídico constitui um interesse da sociedade para a manutenção do seu sistema social protegido pelo Direito.

Por sua vez as teorias constitucionais afirmam que a eleição de um bem jurídico deve ser pautada pelos princípios constitucionais e o poder punitivo estatal para ser legítimo deve ser exercido nos termos da Constituição, sendo que esta, diante da força normativa que detém, desempenha um controle material sobre o tipo penal, que para ser válido, além dos requisitos formais, deve guardar conexão com um bem jurídico protegido pelo Texto Maior, expressa ou implicitamente. Assim, a definição de condutas criminosas é válida apenas quando proteger bens jurídicos albergados nos valores constitucionais, pois do contrário, lhe faltará dignidade jurídica.

Para as teorias constitucionais, o conceito de bem jurídico é extraído da própria Constituição e funciona como limite da atividade estatal na criação das normas. Além de lhe conferir conteúdo, pois somente os valores supremos consagrados pela sociedade na Constituição poderia ser objeto de seleção de condutas a serem tuteladas com uma sanção penal.

No escólio de Regis Prado:

(...) o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo direito penal como ante o direito penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. (...) A conceituação material do bem jurídico implica o reconhecimento de que o legislador eleva à categoria de bem jurídico o que já na

realidade social se mostra bem como um valor. Esta circunstância é intrínseca à norma constitucional, cuja virtude não é outra que a de retratar o que constitui os fundamentos e os valores de uma determinada época. Não cria valores a que se refere, mas se limita a proclamá-los e dar-lhes um especial tratamento jurídico. (PRADO, 2018, p. 67).

As teorias constitucionais, por sua vez, se subdividem em: teorias constitucionais amplas e de caráter restrito. Aquela afirma que a Constituição é parâmetro para o reconhecimento dos bens jurídicos penais, porém não é taxativa, assim, se um interesse, ainda que não previsto diretamente no texto viesse a ser tutelado pela norma penal, tal incriminação seria válida se albergasse indiretamente algum valor constitucional e ainda não colidisse com a ordem jurídica estabelecida pela Constituição. A seleção do tipo penal seria regida pelos princípios da necessidade, adequação. Já para a outra posição, a vinculação ao texto constitucional é taxativa, de tal sorte que os bens jurídicos penais devem representar inexoravelmente valores consagrados na Constituição e nele é que são encontrados.

Superada a evolução histórica, pode-se afirmar que o bem jurídico é um bem ou interesse socialmente valorado que é objeto de regulamentação jurídica. Nas palavras de Assis Toledo: “são valores éticos-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”. (TOLEDO, 2000, p.16).

Já para Luiz Regis Prado: “a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano” (PRADO, 2018, p. 69).

A título de arremate, convém destacar o conceito de Claus Roxin, para o qual o bem jurídico penal são “todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade.” (ROXIN, 2002, p. 35).

Desta forma, pode-se afirmar que o bem jurídico penal é limite e fundamento para um Direito Penal no contexto do Estado Democrático e Social de Direito.

4.1. Bem Jurídico Penal e Interesses Difusos e Coletivos

Em uma investigação desses nexos, pode-se adentrar na questão do bem jurídico difuso, o bem penal e os interesses difusos e coletivos.

A existência de uma espécie de bem jurídico de natureza coletiva é reconhecida na doutrina desde a formulação do conceito de bem jurídico³⁵.

Assim, MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN demonstram a existência de bens jurídicos individuais, que afetam diretamente as pessoas individualmente consideradas, e bens jurídicos coletivos, que afetam o sistema social. Como exemplos de bens jurídicos coletivos, contam a saúde pública, o meio ambiente, a organização política etc. (CONDE, ARÁN, 1998, p. 65)

O bem jurídico difuso tem seu nascituro com a de terceira geração de direitos fundamentais na tutela dos direitos de fraternidade e solidariedade. Têm nítida feição coletiva. São exemplos de bem jurídico difuso a proteção do meio ambiente, do consumidor, da moralidade, da ordem urbanística, dos bens de valores estéticos, artísticos e culturais, dentre outros.

Por esse prisma, o bem jurídico difuso é objeto de proteção das normas penais, assim como o bem jurídico individual, neste sentido Jorge Figueiredo Dias demonstra a importância da proteção dos interesses metaindividuais para o presente e, principalmente, para o futuro do Direito Penal:

Uma convicção que só se reforçará recusando – como se deve recusar – uma ilegítima restrição da noção de bens jurídico-penais a interesses puramente individuais e ao seu encabeçamento em pessoas singulares, e aceitando antes a plena legitimidade da existência de bens jurídicos transpessoais, coletivos, comunitários ou sociais. É, em meu juízo, no aprofundamento e esclarecimento do estatuto desta classe de bens jurídicos – cujo reconhecimento, de resto, não afetará a natureza em última instância “antropocêntrica” da tutela penal – que reside, no futuro próximo, a tarefa primária da doutrina que continue a fazer radicar a função exclusiva do direito penal na tutela subsidiária de bens jurídicos (DIAS, 1999, p.74)

O bem penal sofre influência dos interesses difusos e coletivos, pois como dito acima, sendo estes uma nova categoria de bens e interesses, coube ao Direito

35 BIRBAUM já reconhecia que a lei penal já não apenas deveria possibilitar a livre coexistência dos indivíduos, mas servir também de forma imediata a fins sociais. Classificava, portanto, os bens, e por consequência os crimes, em naturais e sociais, uma vez que, no seu pensamento, os bens, em parte, já são dados ao homem pela natureza e, por outra parte, como resultado de seu desenvolvimento social. Por sua vez, LISZT apontava a diversidade de formas dos bens jurídicos, decorrente da complexidade da própria vida e das coisas, processos e instituições que a integram e nela se movimentam. Sustentava a existência de portadores individuais dos bens, ao lado de portadores supra-individuais, entre os quais sobressaía o Estado como portador dos interesses coletivos. (SMANIO, 2000, p. 103)

regulamentar as relações jurídicas daí decorrentes. Assim, houve o reconhecimento de novos bens jurídicos penais e, portanto, uma seleção de condutas a serem tuteladas pela norma penal, com a criação de novos tipos penais, assim como procedimentos para garantir a efetividade processual.

Desta maneira o bem jurídico difuso provocou uma expansão no bem jurídico penal. SALOMÃO SHECAIRA, ao analisar os efeitos das transformações sociais no Direito Penal, também reconhece o interesse da proteção dos interesses difusos e coletivos:

Quer-se sublinhar que os fenômenos sociais produzem no âmbito jurídico uma relação dialética e interativa: a lei como resultado social, mas também como produtora de modificações. O homem, em seu espírito associativo, e pela utilização das tecnologias, pode, pela primeira vez na história da humanidade, pôr em perigo a própria escala humana, destruir a si próprio e se destruir enquanto espécie. Não é por outra razão que o Direito deve dar uma resposta a essas situações, permitindo modificações em alguns de seus dogmas tradicionais. É o Direito (e também o Direito Penal) fruto dessa situação. O interesse de proteção de direitos difusos e coletivos, e principalmente as alterações surgidas no âmbito dos crimes ambientais que conformam essa nova realidade do Direito Penal, que excepciona determinadas regras, garantem uma certa efetividade do próprio sistema punitivo. (SHECARIA, 1999, p.33).

É importante ressaltarmos que, ao abordar nesta direção, não se exclui o conceito de bem jurídico penal, sob a ótica da teoria constitucionalista, pois o bem jurídico difuso tem assento constitucional sendo um valor consagrado e protegido pela Constituição.

Ressalta-se que os bens jurídicos penais transindividuais ou metaindividuais são distintos dos interesses coletivos, no sentido utilizado no Direito Penal. Quando a doutrina penal cita bens jurídicos coletivos, está fazendo referência ao interesse público, ou seja, àqueles bens que decorrem de um consenso coletivo. O conflito existente entre o indivíduo que pratica o delito e o Estado.

Em relação aos bens jurídicos difusos, há a alta conflituosidade, pois envolve um conjunto indeterminado de pessoas, um conflito de massa e este contrasta com os interesses entre grupos sociais. (SMANIO, 2000, p. 107-108).

4.2. A Tríplice Classificação do Bem Jurídico Penal.

Valendo-nos das lições de Gianpaolo Poggio Smanio é possível classificar o bem jurídico penal da seguinte maneira:

Assim, propomos uma tríplice classificação dos bens jurídicos penais:

a) os bens jurídicos penais de natureza individual, referentes aos indivíduos, dos quais estes têm disponibilidade, sem afetar os demais indivíduos. São, portanto, bens jurídicos divisíveis em relação ao titular. Citamos, como exemplo, a vida, a integridade física, a propriedade, a honra etc.;

b) os bens jurídicos penais de natureza coletiva, que se referem à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. São, dessa forma, indivisíveis em relação aos titulares. No Direito Penal, os bens de natureza coletiva estão compreendidos dentro do interesse público. Podemos exemplificar com a tutela da incolumidade pública, da paz pública etc.;

c) os bens jurídicos penais de natureza difusa, que também se referem à sociedade como um todo, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares. Os bens de natureza difusa trazem uma conflituosidade social que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na proteção ao meio ambiente, em que os interesses econômico industriais e o interesse na preservação ambiental se contrapõem, ou na proteção das relações de consumo, contrapostos os fornecedores e os consumidores, na proteção da saúde pública, no que se refere à produção alimentícia e de remédios, na proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos etc. (SMANIO, 2000, p. 108).

Ressalta-se que somente em face do caso concreto, com a conduta típica é que se pode saber qual é a classificação dos delitos, pois só com a conduta praticada, poderemos afirmar quais dos bens jurídicos penais foram atingidos. Ademais, existem condutas criminosas ofensivas a mais de um bem jurídico penal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo, buscamos demonstrar o desenvolvimento dos interesses difusos e coletivos e a relevância da tutela constitucional e legal do tema, de sorte que apontamos a conexão e a reverberação que houve entre os interesses

transindividuais ou metaindividuais com a doutrina do bem jurídico, notadamente com o conceito do bem jurídico penal difuso e coletivo.

Ao analisar as espécies de interesses, foi possível verificar a evolução do tema, que acompanhou as dimensões de direitos humanos, especialmente no tocante a distinção entre o interesse público e privado, e como corolário a subdivisão do interesse público primário e secundário. De igual forma, pudemos constatar que o conceito de bem jurídico penal, fundado na teoria constitucional, que estabelece balizas e limites ao poder punitivo do Estado, sofreu influências dos novos direitos de conotação coletiva e difusa. E como consequência houve o que a doutrina convencionou em chamar de expansão ou hipertrofia do Direito Penal.

Diante deste contexto, demonstramos haver um liame entre os interesses transindividuais e a doutrina do bem jurídico penal e apresentamos criticamente o conceito de bem jurídico penal difuso. De igual forma, expusemos uma classificação tríplice dos delitos quanto ao bem jurídico protegido, tendo por finalidade última contribuir e resguardar o sistema penal constitucional, de *ultima ratio*, que tenha por fundamento e epicentro axiológico a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**. Milano:A. Giuffre, 1960.

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental**: esquematizado. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber. **Interesses Difusos e Coletivos**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 abr. 2022.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**: parte geral. Trad. André Estefam. Rev. Edilson M. Bomfim. São Paulo: Malheiros, 2005.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcelos. **Código de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BERNARDES, Juliano Taveira, Ferreira, ALVES, Olavo Augusto. **Direito Constitucional: Tomo II – Direito Constitucional Positivo.** 8ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOBBIO, Noberto. **A era dos Direitos.** 2ª ed. Rio de Janeiro: GEN LTC Editora, 2004

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal: Parte General.** 3.ª ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 1998.

COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade.** 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 36.

ESTEFAN, André. **Direito Penal: parte geral.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

EISELE, Andreas. **Direito Penal: teoria do delito.** Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas.** São Paulo: RT, 1999.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Tutela de Interesses Difusos e Coletivos.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ISHIDA, Válter Kenji. **Bem Jurídico Penal Moderno.** 2.ª ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2021.

JÚNIOR BALTAZAR, José Paulo, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação Penal Especial, esquematizado.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LIBANIO, João Batista. **Theologia: a religião do início do milênio.** São Paulo: Loyola, 2002.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: v.1.** 4ª ed. **São Paulo:** Editora Método, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 30^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MILARÉ, Edis, COSTA, Fernando José da. **Direito Penal Ambiental**. 2^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal: Parte General**. 3.^a ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 1998. p. 65.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e processuais penais comentadas**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o meio ambiente**. 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____ **Direito Penal Econômico**. 2^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____ **Bem jurídico-penal e constituição**. 8^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental Esquematizado**. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Grego. São Paulo: Renovar, 2002.

SARLAT, Indo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editorial, 2018.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedade pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação**. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal. São Paulo: RT, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____ **Direito ambiental constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Princípios da tutela penal dos interesses ou direitos difusos.** São Paulo: Justitia, v. 64, p. 197, 2007.

TOURINHO FILHO, F.C. **Manual de Processo Penal.** 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIREITO AO ESQUECIMENTO E A DECISÃO DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF

KÁLITA OLIVEIRA ROCHA:

Acadêmica do curso de Direito da Universidade Católica do Tocantins (UBEC) de Palmas, Tocantins, Brasil.

EMANUELLE ARAÚJO CORREIRA³⁶

(orientadora)

RESUMO: Através de pesquisa bibliográfica integrativa e estudo de casos o presente artigo se propõe a fazer uma análise a respeito do direito ao esquecimento, que se revela como um benefício para aqueles que já cometeram atos criminosos, mas já cumpriram a sua pena, e desejam ser esquecidos em virtude da passagem de tempo. Além disso, visa proteger qualquer pessoa que já esteve envolvida em situações trágicas ou que lhe causaram constrangimento e desejam não terem seus nomes vinculados a tais acontecimentos. A fundamentação do presente artigo se baseia nos princípios da dignidade da pessoa humana e nos direitos da personalidade à imagem, honra, vida privada e intimidade. O ponto central é mostrar que enquanto o passado não pode ser reescrito ou apagado, é possível regular o uso que se faz de histórias de crimes pretéritos e monitorar como e com que finalidade esses fatos são lembrados para evitar o infeliz uso excessivo da vida privada por meio da informação, explorando de forma indevida as desgraças da vida privada, muitas vezes, apenas com o propósito de satisfazer a curiosidade alheia. O direito ao esquecimento também aparece como um importante aliado na promoção da ressocialização de ex-detentos, pois esse direito auxilia a reintegração da pessoa na sociedade. A questão principal é a forma de resolver o conflito de direitos fundamentais envolvidos, uma vez que, de um lado se encontra os princípios da dignidade e do direito à personalidade, e de outro os direitos constitucionais e democráticos à liberdade de expressão e informação. Para esclarecer o conflito, algumas doutrinas e jurisprudências propõem técnicas de ponderação, para que possa ajudar a alcançar uma solução justa, dependendo de cada caso concreto.

36 Possui graduação em Direito pela Faculdade UNIRG-TO; Especialização "lato-sensu" em Direito Processual Civil e Penal (2006) e em Direito Público (2007), pela Faculdade FESURV-GO; Mestrado em Direito pela Universidade de Marília-SP (2010), Doutorado em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017). Atua como advogada no Estado do Tocantins e como Professora no curso de Direito da Católica do Tocantins. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Processual Civil.

Palavras-chave: direito ao esquecimento; dignidade da pessoa humana; direito à informação e liberdade de expressão.

ABSTRACT: Through bibliographical research and case studies, this article aims to analyze the right to be forgotten, which reveals itself as a benefit for those who have already committed criminal acts, but have already served their sentence, and wish to be forgotten due to the passage of time. In addition, it aims to protect anyone who has been involved in tragic situations or situations that have caused them embarrassment and wishes not to have their names linked to such events. The rationale of this article is based on the principles of human dignity and the personality rights to image, honor, privacy and intimacy. The central point is to show that while the past cannot be rewritten or erased, it is possible to regulate the use that is made of stories of past crimes and to monitor how and for what purpose these facts are remembered in order to avoid the unfortunate overuse of private life through information, unduly exploiting the misfortunes of private life, often with the sole purpose of satisfying the curiosity of others. The right to forget also appears as an important ally in promoting the resocialization of former inmates, because this right assists the reintegration of the person into society. The main question is how to solve the conflict of fundamental rights involved, since on one side there are the principles of dignity and the right to personality, and on the other the constitutional and democratic rights to freedom of expression and information. To clarify the conflict, some doctrines and jurisprudence propose weighting techniques to help reach a fair solution, depending on each concrete case.

Keywords: right to forgetfulness; human dignity; right to information and freedom of expression.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO. 2.1 FACILIDADES DE DISSEMINAÇÃO DE INFORMAÇÕES E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 2.2 PONDERAÇÃO ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DIREITO À PRIVACIDADE. 2.3 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO. 3 DO DIREITO AO ESQUECIMENTO. 3.1 DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ÂMBITO PENAL. 3.2 NOMENCLATURA "DIREITO AO ESQUECIMENTO". 4 CASO AÍDA CURI. 4.1 ENTENDIMENTO DO STF QUANTO O DIREITO AO ESQUECIMENTO. 4.2 CONTROVÉRSIAS NA DECISÃO DO STF. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema e objetivo a pesquisa sobre o direito ao esquecimento em situações de exposição exagerada da vida privada e análise sob o aspecto da liberdade de expressão, em conflito com a pessoa que é titular do direito à imagem e privacidade infringidos em casos de exposição mediática.

Diante disso, esse trabalho examinará a respeito aplicabilidade da Constituição Federal que apresenta a não violação dos direitos fundamentais, como o direito à dignidade da pessoa humana, que não podem ser contrariados, os quais são: o direito à vida privada, à imagem, à honra, à intimidade garantindo assim o direito a indenização caso sejam violados. O direito fundamental, prioriza a qualidade e bem-estar dos cidadãos perante a sociedade, podendo então, nesta circunstância, quem teve o seu direito violado pedir indenização, pois, está garantido na constituição

Além disso, o direito ao esquecimento também tem a sua aplicabilidade no que diz respeito a condenações criminais devidamente cumpridas, ou seja, ao direito que uma pessoa tem de não ver esmiuçados fatos que fazem parte do seu passado, os quais, não tem necessidade de ser lembrados apenas pela audiência ou para fazer sensacionalismo. O principal objetivo deste direito é proteger a privacidade daqueles que já pagaram a pena por crimes cometidos no passado, levando em consideração que o ex-condenado possui o direito de continuar no anonimato, mesmo tendo participado de fatos que no passado foram relevantes socialmente.

O que se discute, na realidade, é que o direito ao esquecimento contrasta com outros direitos fundamentais, também garantidos pela Constituição. O direito à liberdade de expressão e informação, previsto também no artigo 5º, inciso XIV, e no artigo 220, determinam que a manifestação de expressão ou informação não podem ser restringidas. Além disso, este direito é parte essencial das características de uma sociedade democrática de direito, onde uma tentativa de limitação pode ser considerado como censura.

Será examinado como o direito ao esquecimento está sendo julgado no país, através de casos concretos jurisprudenciais, além de salientar a grande importância que este direito tem para aqueles que desejam ter o seu passado esquecido, abordando casos concretos de publicações da mídia de situações acontecidas no passado que causaram diversos transtornos psicológicos aos envolvidos.

O tema é muito atual, polêmico e ainda necessita de posições doutrinárias e jurisprudenciais, tendo em vista que existem poucos casos julgados sobre o assunto em questão. Por isso, o trabalho será feito, sobretudo, a partir de pesquisa bibliográfica integrativa sobre o tema, além de doutrinas que trazem uma compreensão maior dos direitos e garantias fundamentais envolvidos.

2.ASPECTOS GERAIS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948, vem

como um “norte” para a legislação daqueles países que fazem parte da ONU- Organização das Nações Unidas, sendo o Brasil um dos países integrantes desta organização.

No artigo de número 12º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é resguardado o direito à vida privada, honra e reputação (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), e, neste mesmo viés caminha a nossa CF - Constituição Federal brasileira de 1988 “Artigo 5º, X, - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988). Esses direitos asseguram a dignidade da pessoa humana, garantindo uma vida digna a todos sem distinção.

E é firmado nestes conceitos constitucionais que se enraíza o direito ao esquecimento que já era um tema de bastante debate, todavia, as discussões se aguçaram após o posicionamento do STF- Supremo Tribunal Federal a respeito desta matéria, como veremos mais adiante.

De início, é de grande importância avaliar como a globalização, o avanço da Internet e, por consequência, o crescimento das redes sociais, tem influenciado no exercício do direito do esquecimento, tendo em vista que, com a facilidade na propagação de informações hoje em dia, muitas vezes, tais informações estão associadas ao mau uso da liberdade de expressão, especialmente no mundo virtual.

2.1 Facilidades de disseminação de informações e a liberdade de expressão

Com a globalização, o acesso à internet foi facilitado, chegando a ser motivo de estranheza alguém não ter acesso a este dispositivo. Segundo o censo do IBGE (2021) - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a Internet chegou a 90,0% dos domicílios brasileiros no ano de 2021, com alta de 6 pontos percentuais frente a 2019, quando 84,0% dos domicílios tinham acesso à grande rede.

Visto isso, o acesso à informação se tornou algo muito acessível à grande maioria da população, considerando os diversos meios de comunicação informativos existentes, como os jornais televisivos, jornais impressos, blogs, sites, rádios e até mesmo redes sociais sendo utilizadas para proliferar informações em massa.

Tendo em vista que esses canais de comunicação não tem cunho investigativo para repassar informações devidamente checadas e comprovadamente verdadeiras, acabam por serem repassadas várias notícias de caráter duvidoso, as quais se espalham com uma grande rapidez, uma vez que, o compartilhamento de notícias verídicas ou não foi facilitado por meio da internet, cabendo o leitor selecionar fontes confiáveis para manter-se informado com informações verídicas.

Consoante a isto, a Carta Magna brasileira, Constituição Federal de 1988, assegura em seu artigo 220 que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (BRASIL, 1988), garantindo assim, a célebre liberdade de expressão, o que assegura a qualquer indivíduo que se expresse ou informe algo, sem sofrer qualquer tipo de sanção, desde que observe os demais dispositivos constitucionais.

Thomas Hobbes conceitua:

Por liberdade entende-se, conforme a significação própria da palavra, a ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer, mas não podem obstar a que use o poder que lhe resta, conforme o que seu julgamento e razão lhe ditarem (HOBBS, 1983, pag.78).

Sendo assim, vive-se atualmente em uma sociedade livre de censura, onde a liberdade prevalece, desde que a lei não diga o contrário. No entanto, hoje se popularizou o termo “digital influencer”, o qual se trata de um profissional ainda não regulamentado no Brasil que se utiliza das redes sociais para produzir conteúdo e influenciar um determinado grupo de pessoas por meio do seu comportamento e exposição de suas ideias.

Muitos destes influencers expõem abertamente seu dia a dia, apresentando suas ideias a respeito de vários assuntos. o que gera interesse de marcas em utilizar a fala destes influenciadores para divulgarem seus produtos, para obter maior alcance de mercado, o que ressalta a eficiência destes “profissionais” em influenciar pessoas através daquilo que é divulgado por meio da internet. Para Safko e Brake (2010) “influência é o alicerce sobre o qual todas as relações economicamente viáveis são construídas”.

A mídia no geral tem um grande poder persuasivo, tendo em vista que, muitas pessoas não têm o costume de checar as informações publicadas, assim, os jornais e noticiários, podem se valer de notícias sensacionalistas para manipular pessoas a pensarem de determinada forma, e isso é possível mesmo publicando somente fatos verídicos, ao focar o ponto que é favorável ao noticiador.

Sendo assim, é necessário verificar qual o limite existente entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, para que o exercício de um não venha a prejudicar o cumprimento do outro.

2.2 Ponderação entre liberdade de imprensa e direito à privacidade

Há uma grade discussão doutrinária a respeito do como resolver conflitos de interesse entre direitos fundamentais, como é o caso do tema estudado neste artigo, onde encontra-se de um lado a liberdade de imprensa com plenos direitos para noticiar fatos sem qualquer tipo de restrição, conforme assegura o caput do artigo 2020 da constituição brasileira de 1988, enquanto de outro lado se encontra outro direito fundamental, o direito à privacidade, também garantido por nossa carta magna em seu artigo 5º, X.

Falando a respeito da liberdade de imprensa o estudioso Evandro Andaku diz:

A liberdade para o exercício da atividade de imprensa é o princípio e o direito mais defendido e invocado pelos veículos de comunicação social em suas demandas judiciais e não é sem razão, já que sem a liberdade nem toda notícia é veiculada e nem toda manifestação é possível, prejudicando a própria noção de imprensa e que presta relevante serviço público de informar a sociedade e de garantir aos cidadãos o direito de acesso à informação. (ANDAKU, 2021 p. 32)

A função social da liberdade de imprensa é de grande importância para a sociedade como um todo, tendo como intuito manter a população a par dos assuntos sociais, e não restringindo o saber somente aqueles que detêm o poder, visto que proporciona ao povo a oportunidade de formar sua própria opinião diante dos fatos. Todavia, essa autonomia de publicação de notícias possui regulamentação que restringe a atuação dos jornalistas, visando evitar eventuais danos, conforme dispõe os artigos do Código de Ética dos jornalistas FENAJ -Federação Nacional dos Jornalistas:

Art. 4º O compromisso fundamental do jornalista é com a verdade no relato dos fatos, deve pautar seu trabalho na precisa apuração dos acontecimentos e na sua correta divulgação.

[...]

Art. 7º O jornalista não pode: [...] II - submeter-se a diretrizes contrárias à precisa apuração dos acontecimentos e à correta divulgação da informação; Art. 12. O jornalista deve:

[...]

VI - promover a retificação das informações que se revelem falsas ou inexatas e defender o direito de resposta às pessoas ou organizações envolvidas ou mencionadas em matérias de sua autoria ou por cuja publicação foi o responsável;

(2007, p. 1-2)

No entanto, o código de ética destes profissionais não foi e não está sendo suficiente para evitar todos os conflitos quanto à exposição de informações, sobretudo sem a devida autorização de quem é noticiado.

Recentemente, um caso ficou muito conhecido na mídia, quando vários canais informativos noticiaram que a atriz Klara Castanho de 21 anos de idade, mesmo com sua confortável situação financeira, gerou uma criança e a entregou para doação. Após a grande repercussão do caso e por pressão da imprensa a atriz se pronunciou por meio de uma carta aberta em suas redes sociais explicando o caso; segundo Klara Castanho, ela havia sido vítima de estupro e em decorrência desta violência ficou grávida, porém, a atriz tomou ciência da gestação poucos dias antes do parto e, mesmo tendo o direito ao aborto, preferiu gerar a criança e entregar para adoção, entretanto, todo o caso era para ser sigiloso, "pensei que levaria essa dor somente comigo" relata Klara, após todas essas informações terem sido vazadas pela imprensa contra sua vontade. (GAUCHAZH, 2022, on-line)

O caso mencionado acima relata claramente a violação do direito à privacidade, intimidade e honra, o que gerou diversos constrangimentos a pessoa que estava sendo noticiada, tudo isso justificado pelo livre direito de imprensa.

O direito à privacidade além de ter raiz constitucional está expressamente previsto no artigo 21 do Código Civil: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma".

Quando há um conflito aparente de normas isso é chamado de antinomia, que segundo o conceito do doutrinador Flávio Tartuce se trata "da presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, sem que se possa dizer qual delas merecerá aplicação em determinado caso concreto" (TARTUCE, 2016, pag. 52).

Noberto Bobbio (1992), "solucionou" essa questão na sua Teoria do ordenamento jurídico usando os seguintes critérios:

- 1- Cronológico: norma posterior prevalece sobre norma anterior;
- 2- Hierárquico: é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior;
- 3- Especialidade: norma especial prevalece sobre norma geral.

Todavia, no caso concreto, não é possível solucionar a situação em questão, tendo em vista que, ambas as normas têm luz constitucional de igual força, restando apenas

utilizar entre conflitos de normas constitucionais, a ponderação, não podendo um princípio sobrepor ao outro, fazendo valer a melhor aplicação no caso concreto sem que desrespeite outros dispositivos constitucionais.

No entanto, para entender melhor como o direito ao esquecimento tem sido exercido desde a sua criação, é importante conhecer melhor a respeito do seu surgimento e como ocorreu o seu avanço no decorrer do tempo.

2.2 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO

Após a segunda guerra mundial, em 10 de dezembro de 1948, visando pacificar alguns conflitos e estabelecer direitos, foi criada pela ONU- Organização das Nações Unidas, a qual hoje conta com 193 países membros, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabelecendo direitos individuais para servir como base para confecção de leis e tratados internacionais.

Assim, todos os países membros se comprometeram a promover o respeito a esses direitos, e o Brasil, como membro, instituiu a Constituição Federal respeitando todos os direitos em forma de princípios constitucionais, além disso, todos os outros códigos brasileiros que têm força de lei seguem a mesma vertente, e, como já dito anteriormente, o chamado direito ao esquecimento promove sua existência com base nos direitos individuais.

O direito ao esquecimento no Brasil, como vários outros institutos, é o reflexo do cenário jurídico em outros países. Segundo Moraes (2016) esse instituto teve surgimento na Alemanha com o caso "Lebach" (caso BVerfGE 35, 202), com uma reclamação constitucional, onde o reclamante havia sido condenado como partícipe em um crime de latrocínio e os autores foram condenados à prisão perpétua, todavia o reclamante foi condenado a seis anos de reclusão.

Visando noticiar o crime que havia sido de grande repercussão social, um programa de televisão produziu um documentário a respeito do caso, no qual apareciam nome e fotos do reclamante, o qual inconformado, entrou com uma liminar judicial solicitando o impedimento da exibição do documentário, tendo o seu pedido negado. No entanto, a reclamação constitucional teve provimento pelo Tribunal Constitucional Alemão no dia 5 de junho de 1973, que revogou a negativa do pedido liminar até finalizar o processo.

A procedência da reclamação foi justificada pelo Tribunal Constitucional, entre outros argumentos, devido ao decurso do tempo, uma vez que já fazia quase seis anos do ocorrido e o fato não era de relevância social naquele momento devido à desatualização das informações, prevalecendo o direito de ressocialização do indivíduo.

A partir de então, vários outros países tiveram judicialmente casos envolvendo direta ou indiretamente o direito ao esquecimento, e como exemplos vale citar o caso “Google Spain SL e Google Inc.” ocorrido na União europeia em 1998, e o caso “Lawrence v. Texas” ocorrido nos Estados Unidos em 2003, entre outros casos emblemáticos que serviram e servem ainda hoje como orientação para julgamentos.

Diante de todo esse movimento no exterior, o direito ao esquecimento chegou ao Brasil, e, um dos casos que ganhou grande repercussão no país foi o da apresentadora Maria da Graça Xuxa Meneghel, a qual participou de um filme lançado em 1982 onde atuou em cenas de sexo com um menino de 12 anos de idade. A partir disso, o seu nome é vinculado em pesquisas na internet com palavras como “pedofilia”, mas a situação se agravou, pois, logo depois do lançamento do filme, Xuxa virou apresentadora de programa televisivo infantil.

Diante do argumento de constrangimento e de que esses fatos de sua vida não condiziam mais com sua vida atual, a apresentadora judicializou uma ação requerendo a não vinculação de pesquisas com seu nome a pedofilia ou algo relacionado a isso. Porém, em decisão unânime da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi julgado improcedente o pedido, reforçando a falta de normatização do instituto no Brasil.

Diante disso, como o direito ao esquecimento pode ser exercido de forma que possa garantir a defesa à dignidade humana sem entrar em conflito com direitos já existentes? É essencial uma análise melhor do objetivo por trás da lei do esquecimento e como ele pode atender as novas exigências legais que foram surgindo com a evolução da sociedade.

3. DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Com a evolução da humanidade novos conflitos vão surgindo e, conseqüentemente, nosso ordenamento jurídico tem que se adequar para atender essas evoluções. Um exemplo claro é o grande avanço tecnológico que surgiu nos últimos anos e que causa sérios conflitos a respeito da responsabilização da guarda e manejo dos dados “soltos” em rede.

O direito ao esquecimento não pode ser estudado como uma norma isolada e completamente inovadora, e sim como uma ramificação dos direitos e princípios já existentes, sobretudo, adaptada para atender as novas demandas jurídicas que surgiram, tendo em vista que um ordenamento jurídico que não se adequa as evoluções sociais está fadado ao retrocesso.

O direito ao esquecimento nasce a partir de extensões de entendimentos de princípios constitucionais, e consiste em “esquecer” fatos verídicos do passado que cause sofrimento a alguém por lesionar o direito à privacidade e honra.

Este direito defende a dignidade da pessoa humana, a fim de garantir que fatos pretéritos não venham a interferir na vida de qualquer pessoa de forma desnecessária, no entanto, para entender quando se pode esquecer ou não algum fato verídico é necessário compreender a relevância da divulgação deste fato à sociedade.

Um exemplo emblemático a respeito de quando não se poderia aplicar o direito ao esquecimento seria a respeito do governo comandado por Adolf Hitler na Alemanha, marcado por uma ditadura extrema, mortes, racismo, extermínio de raça entre outras atrocidades cometidas neste período. Percebe-se que, por mais que a divulgação desses fatos pudesse causar constrangimento aos participantes daquele governo ou a seus descendentes, é imprescindível a divulgação histórica uma vez que a não divulgação traria um grande empobrecimento histórico.

Em contrapartida, uma vítima de estupro, por exemplo, pode requerer o direito ao esquecimento sem prejuízo histórico, uma vez que, o seu nome está ligado ou não ao crime, não resultará em um empobrecimento cultural, todavia, a divulgação de notícias ligando o nome desta pessoa ao fato pode lhe trazer sofrimento, adentrando em sua intimidade e privacidade de forma desnecessária.

O primeiro caso de direito ao esquecimento na internet que chegou aos tribunais superiores foi um agravo interno em recurso especial, tendo o Google Brasil Internet LTDA como agravante, sendo que a recorrente pedia a desvinculação na rede de busca na internet do seu nome com suas fotos nuas (LUCENA, 2019, p. 131-132).

É sempre importante questionar: qual a importância da divulgação de tal notícia? É importante que a sociedade tenha conhecimento? Essa notícia é de interesse público ou curiosidade pública? Essas e outras perguntas ajudarão a examinar o caso concreto, uma vez que, não há o porquê infringir direitos fundamentais de alguém pelo simples prazer de saciar a curiosidade pública.

Diante disso, surge o empasse de qual direito deve prevalecer, o individual ou o direito da coletividade de ter acesso à informação, todavia, a eternização de divulgação de fatos pretéritos traz a chamada pena perpétua, sonogando um direito em prol da dignidade da pessoa humana, visto que, esse é um direito de todos sem qualquer tipo de distinção, e a eternização de fatos que causa sofrimento, pode gerar danos irreparáveis.

O direito ao esquecimento traz benefícios para todos os indivíduos, mas no âmbito penal ele pode ser aplicado de forma ainda mais pontual no caso de ex-condenados que

estão em processo de ressocialização. Entender melhor como esse direito pode ser exercido nesses casos irá facilitar o entendimento a respeito desse assunto.

3.1 Direito ao esquecimento no âmbito penal

A ressocialização de um ex-detento a sociedade não é algo simples e fácil de ser feito, pois, além da vontade do próprio indivíduo, é necessário auxílio do Estado e da sociedade em aceitar esse indivíduo de volta ao meio social, tendo em vista que, ao tentar se inserir de volta na sociedade, o ex-detento encontra diversas barreiras, como a falta de emprego e o preconceito.

A sociedade se reprime em dar uma nova chance a um indivíduo que já errou, por medo de mais uma vez ser vítima de algum crime; diante da rejeição e do desemprego, abre brechas para a reincidência da prática de delitos conforme o pensamento de Lins e Silva:

Os egressos do cárcere estão sujeitos a uma outra terrível condenação: - o desemprego. Legalmente, dentro dos padrões convencionais, não podem viver ou sobreviver. A sociedade que os enclausurou sob o pretexto hipócrita de reinseri-los depois em seu seio, repudia-os, repele-os, rejeita-os. Deixa, aí sim, de haver alternativa, o ex-condenado só tem uma solução: incorporar-se ao crime organizado (LINS E SILVA, 1991, p. 40).

Segundo o Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ- Conselho Nacional de Justiça (2019) o índice de reincidência na prática de crimes por adultos é de 42,5%, demonstrando uma falha grave no ato de ressocialização do indivíduo, a pesquisa não divulga se esse fator é ocasionado por falha do Estado, do indivíduo ou da própria sociedade em receber essas pessoas, o Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito (2013) discorre do assunto como se transcreve:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Assim sendo, o direito ao esquecimento que tem raiz constitucional, quando aplicado não deve fazer distinção de pessoas para a aplicabilidade, por isso, as discussões se estendem também no âmbito penal, se tratando de pessoas que tenham cometido crimes no passado, mesmo que isso não faça parte mais da sua realidade atual.

O direito penal brasileiro prevê três tipos de pena: Privativa de liberdade, restritivas de direito e a pena pecuniária, e nenhuma delas são de caráter perpétuo, conforme assegura a CF/88 5º, inciso XLVII, alínea b (BRASIL, 1988), sendo essa uma das teses utilizadas pelos doutrinadores que defendem a manutenção e validade da aplicação do direito ao esquecimento para pessoas que praticaram crime.

Ao lembrar algum crime muitas pessoas têm a vida privada invadida e o direito de deixar o passado no passado impedido, além disso, essa situação alcança não somente os agentes delituosos como também pessoas acusadas e absolvidas, e até as próprias vítimas que muitas vezes não querem trazer à tona fatos pretéritos. O artigo 21 da Lei de imprensa, § 2º, (BRASIL, 1967) expressa que: Constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele.

Vale citar o caso conhecido como “Chacina de Candelária” ocorrido no Rio de Janeiro no dia 23 de julho de 1993, em que policiais por volta de uma hora da manhã, mataram a tiros 8 crianças e adolescentes em situação de rua. Em 2016 o programa Linha Direta lembrou esse fato com riqueza de detalhes, expondo a imagem de um serralheiro que teria sido acusado pela prática do crime, entretanto, absolvido no processo penal. Sendo assim, o acusado, que não queria mais seu nome ligado ao fato, entrou com uma ação de indenização contra a emissora, e o STJ- Superior Tribunal de Justiça condenou a emissora a pagar uma indenização no valor de cinquenta mil reais ao serralheiro como reparação à sua dignidade (STJ, 2013, on-line)

O ministro Luiz Felipe Salomão que foi relator do caso citado acima comentou o próprio voto com as palavras a seguir:

Permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida vergonha nacional à parte. (STJ, 2013, on-line)

Ao falar sobre o direito ao esquecimento logo poderá vir a mente perder a lembrança total de algo. No entanto, no caso da lei do direito ao esquecimento o significado da nomenclatura tem outro sentido. Diante disso, o erro de interpretação neste caso pode gerar brechas para a desqualificação da lei. Compreender como isso acontece

é importante a fim de conhecer uma das causas de descredibilização do direito ao esquecimento em alguns casos.

3.2 Nomenclatura “direito ao esquecimento”

Além da importância de um instituto jurídico ser dotado de conteúdo relevante e bem fundamentado, também há uma grande relevância na escolha certa para a nomenclatura que este instituto utilizará para ser popularizado em meio à sociedade, uma vez que somente o nome de algo já remete a vários pensamentos antecipados antes mesmo de saber o real conteúdo.

Consoante a isso, por mais que o nome de um determinado instituto jurídico não seja de maior relevância para a análise de algo, será o nome que se proliferará no meio social, então, é necessário que a nomenclatura seja uma referência base ao que se quer passar diante do senso comum, tendo em vista que a escolha de uma nomenclatura equivocada pode dificultar o diálogo entre os interlocutores.

No caso estudado neste artigo a expressão “direito ao esquecimento” é imposta como uma metáfora, tendo em vista que o Estado e nenhum indivíduo tem a capacidade de apagar algo da memória de alguém. A respeito disso, o jurista Artur Maria diz a respeito do tema que:

O termo “esquecimento”, no caso, mostra-se equívoco por, ao menos, dois motivos: (a) ele não deixa claro exatamente qual a pretensão jurídica tutelada e (b) ele não denota com precisão a específica dimensão das relações humanas que serão reguladas por esse novo instituto jurídico.”(NETTO, 2018, p.14)

Ao estudar o assunto entende-se que o direito ao esquecimento não está propriamente ligado ao fato de apagar da memória, mas, sim ao direito de não trazer ao presente fatos do passado através dos meios de comunicação, por mais que estes fatos ainda possam estar na memória das pessoas.

O jurista Carlos Affonso se utiliza justamente do termo “direito ao esquecimento” para desqualificá-lo, conforme ele traz a definição:

[...] Esquecimento é efeito, o que existe é apagamento, remoção ou desindexação. Nenhuma decisão, judicial ou administrativa, gera o efeito do esquecimento. Existe um problema conceitual grave com o chamado direito ao esquecimento. Ele não é um direito nem gera o pretendido efeito de esquecimento. (SOUZA, 2017)

Desta forma, verifica-se uma contradição entre a nomenclatura e o direito realmente pretendido, que traz brechas para sua própria descredibilidade, uma vez que, o esquecimento propriamente dito não será alcançado, e mesmo que o conteúdo pretendido seja possível, há margem para questionamentos ao nome dado ao instrumento.

4.CASO AÍDA CURÍ

Aída Curi era uma jovem de 18 anos que foi brutalmente assassinada por três pessoas em 1958. Aída foi levada ao terraço de um prédio de Copacabana por seus assassinos que tentaram ter relações sexuais com ela, que resistiu ao estupro e foi estrangulada até desmaiar. Após o seu desmaio, os autores do crime acharam que ela tinha morrido, com isso, eles decidiram jogá-la do terraço do prédio que tinha 12 andares, o que causou realmente o seu falecimento.

Em resumo, no final do longo julgamento deste caso, somente um dos assassinos cumpriu a pena da condenação, de apenas 8 anos, tendo em vista que um dos assassinos fugiu e o outro era menor de idade no momento do crime.

No ano de 2014, mesmo após mais de 40 anos da data do fato, o caso foi noticiado pelo programa televisivo Linha Direta, da TV Globo Ltda, lembrando todo o ocorrido com detalhes, transmitindo o nome e as imagens de Aída Curi, mesmo a família de Aída tendo notificado a emissora para não noticiar novamente o crime.

Diante disto, os irmãos de Aída judicializaram uma ação em face da TV Globo Ltda (Globo Comunicações e Participações S/A), pleiteando indenização por danos morais, tendo em vista que, os fatos já haviam sido esquecidos pelos telespectadores e não existia mais interesse social na notícia, além disso, de forma desnecessária, reabriu uma "ferida" na família de Aída, causando grande dor e sofrimento ao lembrar o fato. Foi pleiteado também danos materiais, devido ao lucro obtido com a exploração econômica, noticiando o caso indevidamente, segundo os irmãos de Aída.

A ação foi julgada improcedente pelo juízo de Direito da 47ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ (fls. 854-869) e a sentença foi mantida em grau recursal (RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0)).

INDENIZATÓRIA. PROGRAMA "LINHA DIRETA JUSTIÇA". AUSÊNCIA DE DANO. Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado "Linha Direta Justiça".

1 – Preliminar – o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada,

as demais ficam prejudicadas. 2 – A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retratada, ou ainda, quando essa imagem/nome foi utilizada para fins comerciais. Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos. A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado. O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente. Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe, um aumento de seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos. Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator (fls. 974-975).

Após a rejeição de dois embargos de declaração e de recursos especiais e extraordinários, com a sustentação de estar aplicando o controle difuso de inconstitucionalidade, o caso chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio do RE 1.010.606, tendo como Tema nº 786 - “Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares”

O advogado dos irmãos Curi, Roberto Algranti, em sua sustentação oral diante do STF, ressalta que os irmãos Curi não contribuíram em nenhum momento para a tragédia, e nem para a perda da sua privacidade na época do fato, ressalta ainda a doença chamada “síndrome do stress pós traumático” que causa a perda da vontade de se relacionar, aumenta o índice de pensamentos suicidas, entre outras consequência, e que a reexibição desses fatos resulta na perpetuação de uma dor, sendo assim, ao trazer esses fatos quase 50 anos depois sem o interesse público, fora da memória nacional, isso é um ato ilícito, e então, onde deve-se encontrar o limite a liberdade de imprensa.

Avante Roberto Algranti, defende que o direito ao esquecimento talvez seja o único instrumento capaz de retornar a vida da família de Aída Curi a “vida normal”, de volta ao anonimato.

Em contrapartida o advogado Gustavo Binenbojm, atuante na defesa da recorrida Globo Comunicações e Participações S/A, defende a inconstitucionalidade do chamado direito ao esquecimento, uma vez que o caso Aída Curi, se tornou um símbolo da luta a violência contra a mulher.

Uma vez que o programa “Linha Direta” tratou o caso de forma respeitosa e a autorização de Aída ou de seus familiares não era algo obrigatório, segundo a ADI 4815 que afasta a obrigatoriedade de autorização, e levando em consideração que o direito à informação não está submetido a nenhum prazo de decadência ou prescrição, então, o mero desejo de não ser lembrado não configura um direito fundamental.

Diante desses e outros argumentos expostos durante as defesas das partes, o STF julga o caso de repercussão geral, que servirá como base para os demais casos da mesma matéria, assunto esse que será mais bem explicado a seguir.

4.1 ENTENDIMENTO DO STF QUANTO O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Após várias discursões a respeito do direito ao esquecimento, entendimentos diversos a respeito do tema e divergências doutrinárias, enfim, o entendimento foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal,

Tendo como relator o ministro Dias Toffoli que decide pelo não reconhecimento do direito ao esquecimento, tendo em vista que, isso seria uma restrição excessiva a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, defendendo o direito do cidadão de se manter informado.

Nunes Marques por sua vez acompanhou o voto do ministro relator Dias Toffoli, entendendo que ainda não há o chamado direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, há a necessidade de encontrar uma linha tênue entre o jornalismo e legítimo que é de extrema importância social e o abuso jornalístico, e o direito ao esquecimento não é esse equilíbrio, contudo o ministro entende que houve uma falta de responsabilidade por parte da emissora, levando em consideração o anonimato da vítima, não sendo uma pessoa pública, e não tendo novos elementos para acrescentar ao caso e novamente expor os fatos, neste sentido, a família deve ser indenizada pelos danos causados pelo “mau jornalismo” como diz o próprio ministro.

Já para o ministro Alexandre de Moraes, o esquecimento não é a solução para tudo, às vezes há a necessidade de lembrar fatos, por mais que sejam dolorosos, para alertar a sociedade, e, no caso concreto a ré só cumpriu com a sua função social de informar e

alertar, abrindo espaço para discutir o caso, e, o lucro obtido pela ré no caso em questão é necessário para continuar a propagar informações, gerar emprego, se manter, entre outras questões do mundo capitalista, deste modo, nega provimento ao recurso.

Com um pensamento semelhante ao do Ministro Nunes Marques, o ministro Edson Fachin também entende que o direito ao esquecimento existe, todavia os elementos para configurá-lo não estavam presentes no caso concreto, o interesse histórico e jornalístico deve ser preservado e que a reconstrução dos fatos por meio de recursos cênicos não comportam excessos, vota pela parcial procedência da ação, de forma que se reconheça o direito ao esquecimento, todavia não no caso concreto.

Rosa Weber, considera que, além de inconstitucional, a exacerbação do direito ao esquecimento contribui de forma direta ou indireta em longo prazo para manter a sociedade culturalmente pobre e moralmente imatura, e a nação economicamente subdesenvolvida, sendo esse direito uma justificativa oportunista para a censura e que manter os fatos na lembrança da sociedade é um modo de honrar as vítimas, no caso concreto honrar a memória de Aída Curi.

Seguindo a mesma linha de pensamento, a ministra Carmen Lúcia entende pelo não reconhecimento do instituto, uma vez que o princípio constitucional que deve prevalecer é o direito à verdade histórica e o princípio da solidariedade entre gerações, em suas palavras:

Quem vai saber da escravidão, da violência contra a mulher, contra índios, contra gays, senão pelo relato e pela exibição de exemplos específicos para comprovar a existência de agressão, tortura, feminicídio? Casos que ponham abaixo ou pelo menos confrontem o discurso infame de que nada disso é verdade, mas choro de perdedor.(RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606, p.211)

Assim, a ministra defende que os fatos podem ser noticiados pela imprensa desde que devidamente contextualizados, desta forma, nega o recurso tal quanto o pedido de reparação de danos aos recorrentes.

O Ricardo Lewandoski, relembra que no caso concreto o próprio requerente já publicou um livro relatando a história de Aída Curi, deste modo, perdeu o direito a "privacidade", pois, quem se expõe publicamente, não pode reclamar que de alguma maneira a sua imagem está sendo violada. Todavia, pela complexidade deste direito, só pode ser julgado caso a caso para que haja uma real eficiência, podendo ser verificado eventuais abusos no caso concreto, porém, no caso Aída Curi, não houve qualquer violação

a honra ou a imagem da falecida ou dos demais membros da família, e com essas considerações nega provimento ao recurso.

Para o ministro Gilmar Mendes, a nomenclatura “direito ao esquecimento” está equivocada, todavia ele não considera a discursão a respeito da nomenclatura de maior relevância tendo em vista a importância do caso, para o ministro o foco central seria a colisão entre direitos individuais, e esse direito deve controlar a divulgação de fatos pretéritos de forma indiscriminada e/ou vexatória na atualidade, devendo-se examinar o interesse social público e histórico na divulgação dos fatos, não havendo esse tipo de interesse deve-se resguardar os direitos individuais.

Após levantar esses questionamentos o ministro Gilmar Mendes, votou pelo provimento parcial do recurso extraordinário, para o reconhecimento do direito à indenização quando os fatos são expostos de forma humilhante e vexatória mesmo que tenha interesse público, histórico ou social na notícia.

Também citando o interesse histórico o ministro Marco Aurélio afirmou que “não cabe simplesmente passar a borracha e partir-se para verdadeiro obscurantismo, partir-se para retrocesso em termos de ares democráticos.” Diante disso, vota improcedente ao pedido em respeito também as decisões proferidas anteriormente pelo Juízo e pelo Órgão revisor, pois essas não merecem censura, uma vez que, não houve ato ilícito.

Após ler e reler os votos anteriores, segundo o próprio Luiz Fux, ele entendeu que o caso Aída Curi se tornou de grande relevância histórica e principalmente acadêmica, ressalta que o direito ao esquecimento está enraizado no núcleo essencial a dignidade da pessoa humana, e é inegável que a doutrina consagra esse direito, todavia, por estar diante de confronto de valores constitucionais um deles tem que prevalecer no caso concreto, ademais, o direito ao esquecimento pode trazer uma irrelevância a caso de extrema relevância, desta forma, nega provimento ao recurso.

Sendo assim, levando em conta as considerações e entendimento dos ministros, foi elaborada a seguinte tese de repercussão geral (Tema 786):

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais

nos âmbitos penal e cível. (Recurso Extraordinário 1.010.606-RJ, 2021)

Diante de todas as exposições trazidas pelo R.E 1.101.606, entendeu-se por maioria em negar provimento ao recurso em questão, vencido o voto do ministro Edson Fachin e, em parte, os dos ministros Nunes Marques e Marco Aurelio, por maioria sendo fixada a tese proposta pelo relator Ministro Dias Toffoli acima exposta que, em tese, espelha a perspectiva da maioria a respeito do tema.

4.2 CONTROVÉRSIAS NA DECISÃO DO STF

A decisão do STF como tema de repercussão geral quanto ao direito ao esquecimento, tem o intuito de julgar de forma que abranja os demais conflitos do mesmo tema que venham a surgir a partir de então, essa decisão era muito aguardada para que extinguisse as entendimentos divergentes quando ao tema, para que assim todos os tribunais andem na mesma direção.

Como já dito, após três dias de julgamento, com profundas discussões sobre o caso Aída Curi, o STF decidiu pela não aplicabilidade do direito, tendo em vista que, a ideia do direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal Brasileira, todavia, no decorrer da tese, abre brechas para a aplicabilidade devendo ser estudado o caso a caso.

Entretanto, houve sonegação ao não informar em quais casos podem ser aplicados esse direito, uma vez que deixa essa abertura para usufruir do direito ao esquecimento quando houver excessos, todavia, quem irá medir se houve excessos ou não? Uma vez que o parâmetro de excesso não foi estabelecido nesta decisão.

Outro ponto controvertido nesta tese em questão, é o fato de ter sido considerada inconstitucional, porém, pode ser aplicada em alguns casos. Não seria uma anomalia jurídica existir a possibilidade de aplicação de um instituto inconstitucional uma vez que a constituição será ferida ao aplicar um direito que não é compatível com a Carta Magna?

Consoante a isto o advogado Caio Lanna Cavalcante ressalta:

a forma como foi colocado o direito ao esquecimento de ser incompatível com a constituição é um tanto perigoso, pois existe casos em que o direito à privacidade deve prevalecer e existe casos que o direito à informação tem que prevalecer, cabendo analisar caso a caso. (DIREITO, 2021)

A população, por sua vez, fica de mãos atadas ao ter sua privacidade e/ou honra violada com a divulgação de informações verídicas sem que haja interesse histórico ou

social, pois, até que haja uma especificação de em quais casos pode haver ou não a aplicação do direito ao esquecimento, a população ficará com um certo bloqueio no acesso ao judiciário por não saber se há a aplicabilidade no seu caso concreto.

Diante das controvérsias apontadas, o instituto fica sujeito à propagação de insegurança jurídica, conforme muito bem conceitua o advogado Marcelo Trindade:

Segurança jurídica é a certeza quanto ao resultado que uma norma, legal ou contratual, vai produzir no futuro, quando for aplicada às situações para as quais foi desenhada. A segurança jurídica é importante porque protege as expectativas legítimas que as pessoas precisam formar para poderem planejar suas ações. Quanto menor for a incerteza, mais eficiente será a atuação dos agentes econômicos e maior será a confiança da sociedade nas instituições. Os vilões da segurança jurídica são os agentes públicos a quem cabe aplicar as normas. (TRINDADE, 2021)

Portanto, a decisão do STF trouxe um norte para os próximos julgamentos, entretanto, é inegável que esse instituto ainda há muito que ser lapidado diante das divergências até então apontadas, todavia já foi um grande passo para a pacificação das ideias aqui no Brasil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mídia e a Internet estão mudando a cada dia que passa, e as violações existentes naquilo que é informado são bem conhecidas. Além disso, todas as pessoas atualmente têm acesso às informações em tempo real. Tudo que é publicado na Internet não é perdido, ao contrário, é registrado na rede e, portanto, acessível a qualquer momento, mesmo dias ou anos após sua divulgação. No processo de crescimento e desenvolvimento da sociedade, percebeu-se a necessidade de um direito que impedisse a violação à dignidade humana e vida privada, dessa forma, protegendo, não só no direito penal, mas também no direito constitucional e civil, principalmente os direitos fundamentais estabelecidos para todos os indivíduos.

O direito ao esquecimento surge como um instrumento de proteção para o indivíduo que deseja que seu passado seja deixado no passado, e que o seu nome não esteja vinculado a acontecimentos pretéritos que são desagradáveis, constrangedores ou que lhe causem dor emocional.

Um interesse no passado apenas por curiosidade e entretenimento, além de repercussões desagradáveis, viola os direitos fundamentais e podem causar sofrimento ao indivíduo em questão. Portanto, em todo o momento que é lembrada uma matéria com

fatos trágicos ou constrangedores ocorre violação aos direitos da privacidade, da honra, da imagem e da intimidade, o que fere a dignidade humana.

A partir do momento em que a liberdade de expressão começa a infringir direitos íntimos do indivíduo, colocando em pauta novamente acontecimentos pretéritos, cabe então o uso do direito ao esquecimento, por ser considerado um direito fundamental, garantido pela Constituição. A liberdade de informação e expressão é garantia constitucional e de extrema importância para o país, no entanto, mesmo um direito de personalidade tão importante para uma pessoa quando em conflito com outros direitos fundamentais sofrem limitações, portanto, a liberdade de informação e expressão também deve ser submetida a algumas regras e limites.

A violação da imagem no mundo contemporâneo, especialmente as exposições nas redes sociais, tornou-se frequente na internet. Além dos casos em que certas notícias voltam a ser publicadas depois de anos arquivados. Nesses casos, o direito ao esquecimento é o caminho mais viável para que o indivíduo pleiteie seu direito de ficar reservado e evitar repercussões que venham trazer problemas sérios a sua vida pessoal e privada. É importante salientar que o foco é certificar-se que a liberdade de expressão não se sobreponha à vida individual e a privacidade do indivíduo, deixando que ele exerça seu direito de escolha de expor ou não a sua vida particular.

No entanto, segundo o entendimento do STF, o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal. Entretanto, admitiu-se a verificação casuística para a aplicação do direito, porém, não foi especificado que tipo de caso estará apto para avaliação da aplicação do direito ou não. Esse entendimento gera uma insegurança jurídica visto que, de certa forma, apresenta uma contradição que leva a certos questionamentos: como ocorrerá a aplicação de um direito considerado institucional, mesmo que seja em apenas casos específicos? Em que tipo de caso poderá ser aplicado o direito ao esquecimento quando não foi especificada nenhuma regra a esse respeito?

Diante desses fatos, chega-se à conclusão que não será fácil decidir se resta em nossa ordem jurídica algum espaço para um direito ao esquecimento de acordo com a sua construção original: um direito a evitar a recordação opressiva de fatos do passado e dar ao indivíduo possibilidade de utilizar de acordo com sua vontade as ocorrências relacionadas ao seu nome.

REFERÊNCIAS

ANDAKU, Evandro. **Liberdade de imprensa contemporânea**, p. 32, 2021.

BOBBIO, Norberto. **"A era dos direitos"**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/> Acesso em 29 de ago. de 2022.

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

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74

BRASIL. **Lei de Imprensa de 1967**. Promulgada em 9 de fevereiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm#:~:text=seus%20representantes%20diplom%C3%A1ticos.,Art%20,\)%20sal%C3%A1rios%20Dm%C3%ADnimos%20da%20regi%C3%A3o.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm#:~:text=seus%20representantes%20diplom%C3%A1ticos.,Art%20,)%20sal%C3%A1rios%20Dm%C3%ADnimos%20da%20regi%C3%A3o.) Acesso em 01 set. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.815-DF. Relatora: Ministra Carmen Lúcia, Brasília, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.334.097-RJ 2012/0144910-7 Redator: Ministro Luis Felipe Salomão - Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 28.05.2013 Disponível em: [https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/865642274/inteiro-teor-865642298.](https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/865642274/inteiro-teor-865642298) Acesso em 03 set. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.335.153-RJ 2011/0057428-0 Redator: Ministro Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10.09.2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>. Acesso em 05 set. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário 1.010.606-RJ. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. Recorrente: Nelson Curi e Outro (A/S) Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A Relator: Ministro Dias Toffoli, Brasília, 11.02.2021. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773.](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773) Acesso em 14 set. de 2022.

Direito ao esquecimento, 2021. 1 vídeo (15min55s) Publicado pelo canal TV Assembleia. Disponível em: https://www.almg.gov.br/acompanhe/tv_assembleia/videos/index.html?idVideo=1550112 Acesso em 15 set. de 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Lawrence v. Texas. 539 U.S. 558 (2003)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558//>. Acesso em 15 set. de 2022.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS (FENAJ). **Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros**. Disponível em: <https://fenaj.org.br/wp-content/uploads/2014/06/04-codigo-de-etica-dos-jornalistas-brasileiros.pdf>. Acesso em 25 de out. de 2022

FERREIRA NETO, A. M. Direito ao esquecimento e sua fundamentação prioritária no livre desenvolvimento da identidade pessoal. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 19, n. 3, p. 127-158, 29 dez. 2018.

GAUCHAZH. Klara Castanho publica carta aberta revelando processo de adoção após estupro. 26 junho de 2022. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/donna/gente/noticia/2022/06/klara-castanho-publica-carta-aberta-revelando-processo-de-adocao-apos-estupro-cl4vbt16z000e0167tx1bpfhu.html>. Acesso em 25 de out. de 2022

HOBBS, Thomas. **Leviatã: Ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Brasileiro de 2021**. Rio de Janeiro: IBGE, 2021.

LINS E SILVA, Evandro. **De Beccaria a Filippo Gramatica, in Sistema penal para o terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 40.

LUCENA, Marina Giovanetti Lili. **Direito ao esquecimento no Brasil - Conceito e critérios na doutrina e jurisprudência brasileiras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 131-132

MIGALHAS. **STJ mantém condenação da Globo por citar absolvido no Linha Direta**. 09.11.2021 Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/354570/stj-mantem-condenacao-da-globo-por-citar-absolvido-no-linha-direta>. Acesso em 26 de set. de 2022

MORAES, Melina Ferracini de. **O direito ao esquecimento na internet no contexto das decisões judiciais no Brasil**. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) –Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/2885/5/Melina%20Ferracini%20de%20Moraes.pdf>. Acesso em: 28 de set. de 2022

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 28 de set. de 2022

SAFKO, Lon; BRAKE, David K. **A Bíblia da mídia social**. 1. ed. São Paulo: Edgard Blucher, 2010, p.14

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Dez dilemas sobre o chamado Direito ao Esquecimento (**manifestação do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro**), audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal, 12 jun. 2017.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil - Volume Único - 6ªed. Rio de Janeiro, Editora Método, 2016, p.52.

TRINDADE, Marcelo. A tal da insegurança jurídica. Valor investe, 17 maio de 2021. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/blogs/marcelo-trindade/coluna/a-tal-da-inseguranca-juridica.ghtml> Acesso em 15 outubro de 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Tribunal de Justiça. Acórdão de 13.5.2014 — Processo C-131/12: Google Spain SL e Google, Inc. contra Agência Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131&qid=1636351966203> Acesso em 13 de out. de 2022

VI JORNADA DE DIREITO CIVIL, Enunciados Aprovados. Enunciado 531: "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento". Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior – Coordenador da Parte Geral Código Civil Rogério Menezes Fialho Moreira. 11 e 12 de março de 2013. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF).

O PROCESSO COLETIVO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS HOMOSSEXUAIS: A LUTA PELO RECONHECIMENTO COMO UM LITÍGIO ESTRUTURAL

FÁBIO GOMES BONFIM JÚNIOR:
Graduando do Curso de Direito da
Universidade Estadual do Tocantins –
UNITINS.

BUENÃ PORTO SALGADO³⁷

(coautor)

RESUMO: O presente artigo aborda o processo coletivo, bem como avalia se este mecanismo processual é cabível na defesa de direitos fundamentais dos homens homossexuais. A pesquisa se faz importante em virtude dos ataques contra a liberdade destes indivíduos que acontecem no Brasil e no mundo. Por conseguinte, tem como objetivo explicar os direitos fundamentais e suas particularidades; traçar um lastro histórico de preconceito contra os homossexuais; demonstrar as consequências jurídicas e sociais da homofobia na sociedade atual; verificar hipóteses de cabimento do processo coletivo; e analisar posicionamentos da justiça brasileira em relação ao tema. Dessa maneira, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, tendo como base artigos científicos, monografias, e doutrinas jurídicas, além de matérias de sites e análises jurisprudenciais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Homossexuais; Segregação; Processo coletivo; Preconceito.

ABSTRACT: *This article addresses the collective process, as well as evaluates whether this procedural mechanism is appropriate in the defense of fundamental rights of homosexual men. The research is important because of the attacks against the freedom of these individuals that happen in Brazil and in the world. Therefore, it aims to explain fundamental rights and their particularities; to trace a historical ballast of prejudice against homosexuals; demonstrate the legal and social consequences of homophobia in today's society; verify hypotheses of the appropriateness of the collective process; and to analyze positions of the brazilian justice in relation to the subject. In this way, using bibliographic research, based on scientific articles, monographs, and legal doctrines, in addition to articles from websites and jurisprudential analysis.*

37 Professor Orientador (UNITINS e UNINASSAU). Auditor do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal, Empresarial, Administrativo e Tributário. Mestre em Direito (Escola Paulista de Direito). Doutor em Direito Processual e Acesso à Justiça (UNESA).

Keywords: Fundamental rights; Homosexuals; Segregation; Collective process; Preconception.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Direitos fundamentais. 2.1 Definição. 2.2 Titularidade. 2.3. Características. 2.4. Dupla dimensão. 2.5. Eficácia. 3. O processo histórico-cultural de segregação dos homossexuais. 4. O preconceito como obstáculo à concretização dos direitos fundamentais dos homossexuais. 5. O processo coletivo como mecanismo de materialização de direitos. 6. Posicionamentos da justiça brasileira. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Na história da humanidade é claro e evidente que o ser humano costuma excluir o denominado "diferente", impondo o correto e o incorreto, causando assim estruturas preconceituosas na sociedade. Um momento histórico exemplo disso é o regime Nazista na Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial, que apoiado na ideologia ariana, perseguiu e dizimou milhares de pessoas, dentre elas os homens homossexuais.

Neste contexto, os direitos fundamentais possuem grande relevância na defesa da dignidade humana, principalmente por seu caráter universal que estabelece a ideia de que todo e qualquer ser humano será abrangido por estes direitos, independentemente de cor, etnia, religião, ideologia política, classe social, gênero ou sexualidade. Constata-se logo a importância da defesa dos direitos fundamentais.

Em contrapartida, os homens homossexuais durante muito tempo tiveram inúmeros direitos e garantias relativizados, justificados na sexualidade, como também no fundamentalismo religioso. Desta forma, a homofobia se faz presente no mundo, e principalmente no Brasil, até os dias de hoje, visto que infelizmente é comum homossexuais serem agredidos e mortos.

Neste cenário, tem-se o processo coletivo no ordenamento jurídico brasileiro como mecanismo de defesa de grupos. Este procedimento visa litigar e concretizar, através de um único processo, direitos e interesses de toda uma coletividade, fundamentado na economia processual e no amplo acesso à justiça, indo de encontro com o princípio da igualdade.

Por fim, a presente pesquisa tem como finalidade trazer à tona o debate acerca dos direitos fundamentais dos homens homossexuais, e analisar se o processo coletivo é ferramenta adequada na defesa de direitos fundamentais deste grupo.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. DEFINIÇÃO

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como direitos e garantias do ser humano, que visam proteger sua dignidade, condições de vida e desenvolvimento, para que assim possua o mínimo necessário para sua existência digna (DA SILVA, 2009, p. 2 e 3). Nota-se então que estes direitos perpetuam durante toda a vida do indivíduo, sendo dever do Estado a concretização destes.

Os direitos e garantias fundamentais estão previstos no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A partir disso, é necessário entender a diferença entre direitos e garantias, vez que não se confundem. Direitos são disposições meramente declaratórias, ou seja, declaram o direito para os seus titulares e destinatários. Por outro lado, as garantias são disposições que asseguram o regular exercício do direito. Dessa forma, Lenza explica:

Assim, os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados. (LENZA, 2020, p. 759)

Ainda cabe salientar que há uma divergência entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. Acerca do primeiro, Mazzuoli afirma:

(...) é expressão afeta à proteção constitucional dos direitos dos cidadãos, aqueles que os textos constitucionais houveram por bem registrar. Liga-se, assim, aos aspectos ou matizes constitucionais (internos) de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Constituições contemporâneas. (MAZZUOLI, 2020, p.1175)

Já em relação aos Direitos Humanos, o supracitado autor leciona:

(...) são, por sua vez, direitos inscritos (positivados) em tratados e declarações ou decorrentes de costumes de índole internacional. Trata-se daqueles direitos que já ascenderam ao patamar do Direito Internacional Público, para além, portanto, do domínio reservado do Estado. (MAZZUOLI, 2020, p.1176)

Assim, nota-se que Direitos Fundamentais e Direitos Humanos possuem semelhança em suas essências e divergência quanto ao plano de positivação. Aqueles estão positivados em uma constituição de determinado Estado, enquanto estes estão assegurados no plano internacional, em tratados e declarações.

2.2. TITULARIDADE

Uma das características mais relevantes dos Direitos Fundamentais é a universalidade. A mesma consiste na concepção de que os direitos fundamentais abrangerão todas as pessoas, sem o emprego de nenhuma distinção. Dessa forma, são titulares dos direitos fundamentais qualquer pessoa física, independentemente de cor, etnia, religião, ideologia política, gênero, classe social ou sexualidade.

O próprio artigo 5º da Constituição da República dispõe que: "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".

Cabe salientar ainda, que tanto brasileiros, natos ou naturalizados, quanto estrangeiros residentes no País, gozam destes direitos, nos moldes do artigo citado anteriormente.

Em sequência, existem alguns direitos fundamentais que são específicos, não sendo titularizados por qualquer pessoa, como é o exemplo daqueles destinados aos trabalhadores, também previstos na Constituição da República de 1988 (MENDES e BRANCO, 2020, p. 186).

A abrangência ainda se expande, quando a doutrina e a jurisprudência somam outros sujeitos ao rol de titulares. Nesse sentido, Lenza:

O caput do art. 5.º faz referência expressa somente a brasileiros (natos ou naturalizados, já que não os diferencia) e a estrangeiros residentes no País. Contudo, a esses destinatários expressos, a doutrina e o STF vêm acrescentando, mediante interpretação sistemática, os estrangeiros não residentes (por exemplo, turistas), os apátridas e as pessoas jurídicas. (LENZA, 2020, p. 761)

Destarte, os direitos fundamentais possuem ampla abrangência, tendo como titulares pessoas físicas e jurídicas, estrangeiros residentes ou não no país, e apátridas.

2.3. CARACTERÍSTICAS

Além da universalidade, os direitos fundamentais também são dotados de outros atributos, reiteradamente trabalhados pela doutrina, e aplicados pela jurisprudência, sendo estes: historicidade, limitabilidade, concorrência, irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade.

O caráter da historicidade significa que os direitos fundamentais são afirmados através de um processo histórico. Compreende-se que o teor dos direitos pode variar com a história, ou seja, existe a possibilidade de se modificarem ao longo do tempo. Nessa perspectiva:

O recurso à História mostra-se indispensável para que, à vista da gênese e do desenvolvimento dos direitos fundamentais, cada um deles se torne mais bem compreendido. O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais. Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir - se afirmando gradualmente – e em face das novas feições assumidas pelo poder. (MENDES e BRANCO, 2020, p. 187 e 188)

Dessa forma, é deduzível que não há direito absoluto, podendo qualquer um ser extinto a depender da situação histórico-política. Faz-se necessárias então as lutas sociais em prol de direitos fundamentais, principalmente dos grupos minoritários, por exemplo os homossexuais.

Dando prosseguimento, a ideia de que não há direito absoluto está intimamente ligada à próxima característica: a limitabilidade ou relatividade. Esta é a concepção de que os direitos fundamentais são relativos, havendo assim conflito entre direitos, que são resolvidos pela constituição ou pelo poder Judiciário, sobressaindo-se um ou outro (LENZA, 2020, p.760).

A própria constituição, por exemplo, relativiza o direito de propriedade ao impor que a mesma atenderá à sua função social, e ao prever a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social.³⁸ Em outro momento, a Carta Magna também relativiza o direito à vida ao prever pena de morte em caso de guerra declarada.³⁹

38 Art. 5º (...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

39 Art. 5º (...)

Por consequência, nem mesmo o direito fundamental à vida tem caráter absoluto.

Os direitos fundamentais também são dotados de concorrência, sendo um atributo que diz respeito à possibilidade de serem exercidos conjuntamente, ou seja, em determinadas situações o titular poderá exercer mais de um direito de forma simultânea. Nesta perspectiva, Araujo e Nunes Junior explicam o tema:

Tal predicado indica que os direitos fundamentais podem ser "acumulados". Exemplo dessa situação é o jornalista, âncora de um jornal falado, que, após transmitir a informação, faz uma crítica. A um só tempo, exerceu os direitos de informação, opinião e comunicação. Esse fenômeno é que recebe a denominação de concorrência de direitos fundamentais. (ARAUJO e NUNES JUNIOR, 2001, p. 79)

Ainda acerca da concorrência, em sede legislativa, há circunstâncias em que é necessário analisar qual a norma fundamental aplicável, uma vez que existem normas fundamentais gerais e normas fundamentais especiais. Desta forma, Mendes e Branco leciona sobre qual norma deve ser aplicada a depender do caso:

Em se tratando de comportamento abrangido tanto por direito fundamental especial quanto por direito fundamental geral, como o direito amplo de liberdade, tem-se como regra assente que a proteção há de ser conferida pelo direito fundamental especial. Assim, as medidas restritivas em relação à liberdade de reunião ou à inviolabilidade do domicílio aplicam-se por força do disposto no art. 5º, incisos XVI e XI, respectivamente, e não por força do princípio geral de liberdade (CF, art. 5º, II). Pode ocorrer que determinada conduta esteja abrangida pelo âmbito de proteção de dois direitos fundamentais especiais. Nessa hipótese, pode-se optar pela aplicação daquele que abarque características adicionais da conduta, revelando uma especialidade intrínseca entre eles. É o que pode ocorrer entre a liberdade de comunicação (CF, art. 5º, IX) e a liberdade de exercício profissional de um redator de jornal. Assim, se se pretende regular o direito profissional do jornalista, no âmbito de uma lei de imprensa, deve o legislador ater-se não apenas ao dispositivo que protege a liberdade profissional, mas também, e sobretudo, àquele que trata especificamente da liberdade de imprensa. (MENDES e BRANCO, 2020, p. 332)

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

Em síntese, a concorrência confere aos direitos fundamentais o exercício conjunto pelos titulares, sendo necessário verificar, em via legislativa, qual norma constitucional aplicável.

Em seguida, tem-se a característica da irrenunciabilidade, que estabelece a ideia de que os titulares não podem abdicar de seus direitos. Uma vez positivado e titularizado, pode ocorrer o não exercício de determinado direito, mas nunca a sua renúncia (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2001, p. 79).

Esta qualidade traz maior segurança aos indivíduos, principalmente àqueles com menos conhecimento jurídico, visto que não é permitido, por exemplo, abdicar do direito à integridade física.

Parte-se então para a inalienabilidade, que também pode ser denominada de indisponibilidade. Os direitos fundamentais não possuem conteúdo patrimonial, por isso, não é possível a sua venda, doação ou locação, ou seja, seus titulares não podem dispor destes.

Segundo José Afonso da Silva (2014, p.183) "São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis;"

Assim, a transferência de direito não é possível de forma onerosa, tampouco de forma gratuita.

Ademais, a inalienabilidade está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana. Nesta perspectiva:

Os autores que sustentam a tese da inalienabilidade afirmam que ela resulta da fundamentação do direito no valor da dignidade humana – dignidade que costumam traduzir como consequência da potencialidade do homem de ser autoconsciente e livre. Da mesma forma que o homem não pode deixar de ser homem, não pode ser livre para ter ou não dignidade, o que acarreta que o Direito não pode permitir que o homem se prive da sua dignidade. (MENDES e BRANCO, 2020, p. 189)

Deduz-se então que o homem possui ampla liberdade, exceto para deixar de ser homem e privar-se de sua dignidade, tornando assim os direitos fundamentais inalienáveis e indisponíveis.

Por fim, tem-se o atributo da imprescritibilidade. Os direitos fundamentais não se perdem com o fluxo temporal, sendo assim imprescritíveis. A ausência do caráter patrimonial importa também na imprescritibilidade destes. Silva leciona:

O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição; (SILVA, 2014, p.183)

Sendo assim, o fato de o titular não exercer tal direito temporariamente não fundamenta a perda do mesmo pela prescrição, uma vez que este instituto é destinado apenas aos direitos com caráter patrimonial.

2.4. DUPLA DIMENSÃO

Se tratando de direitos fundamentais, é necessário aclarar a sua dupla dimensão. As dimensões podem ser compreendidas como perspectivas em que os direitos fundamentais são observados e trabalhados no ordenamento jurídico e na sociedade. Assim, os direitos fundamentais possuem dimensão subjetiva, como também objetiva.

A dimensão subjetiva estabelece que os direitos são titularizados por um indivíduo e exigíveis do Estado ou de outro particular. Neste sentido, o titular pode exigir destes tanto conduta comissiva, quanto omissiva, para gozar de determinado direito. Nas palavras de Mendes e Branco:

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem, e, ainda, correspondem a competências – em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhe as posições jurídicas. (MENDES e BRANCO, 2020, p. 218)

Portanto, ninguém é livre para intervir nos direitos fundamentais dos homossexuais, por exemplo, em casamento homoafetivo, ou em adoção de uma criança por casal homossexual.

Já a dimensão objetiva assegura que os direitos fundamentais são princípios estruturantes do Estado. Em outras palavras, o ordenamento jurídico em sua integralidade deve ser interpretado conforme os direitos fundamentais. Nesta lógica:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos. (MENDES e BRANCO, 2020, p. 218)

Desta forma, a atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deve se moldar no respeito aos direitos fundamentais, é a chamada eficácia irradiante (LENZA, 2020, p. 763). Acerca da "tese da irradiação", Alexy discorre sobre a atuação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha:

O Tribunal Constitucional Federal procura conceber o "efeito irradiador" das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico com o auxílio do conceito de ordem objetiva de valores. Para usar as palavras do tribunal: "Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência". (ALEXY, 2008, p. 524 e 525)

Assim, esta dimensão impõe ao Estado um dever de proteger os direitos fundamentais contra toda e qualquer agressão (MENDES e BRANCO, 2020, p. 219).

Nesse seguimento:

Esse dever de proteção mostra-se associado sobretudo, mas não exclusivamente, aos direitos à vida, à liberdade e à integridade física (incluindo o direito à saúde). O Estado deve adotar medidas – até mesmo de ordem penal – que protejam efetivamente os direitos fundamentais. (MENDES e BRANCO, 2020, p. 219)

Em conclusão, ambas as dimensões dos direitos fundamentais convivem conjuntamente mantendo um vínculo de reciprocidade (MENDES e BRANCO, 2020, p. 218).

2.5. EFICÁCIA

Acerca da eficácia quanto à vinculação das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, tem-se a eficácia vertical e horizontal. A eficácia vertical refere-se à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre Estado e particular. Assim, estabelece uma ligação entre os três Poderes do Estado e estes direitos, fazendo com que a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário se baseie no respeito aos direitos fundamentais (COSTA, 2001, p. 44 e 45).

Esta vinculação não se restringe somente aos três Poderes Públicos. Canotilho leciona (1993, p.579) que todas as entidades públicas devem respeitar este vínculo. Em outras palavras, a eficácia vertical engloba também órgãos públicos e até mesmo entidades da administração pública indireta.

Desta forma, nota-se que a eficácia vertical está presente na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, com o efeito irradiador.

Por outro lado, a eficácia horizontal diz respeito à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Nesta lógica:

Entende-se por eficácia horizontal dos direitos fundamentais - também conhecida, conforme a preferência, de "eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas" ou "eficácia privada dos direitos fundamentais" ou "eficácia externa dos direitos fundamentais" - a incidência e aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas (relações entre indivíduo e indivíduo). (JÚNIOR, 2012, p. 648)

Os direitos fundamentais inicialmente foram destinados ao homem para se proteger da opressão estatal. No entanto, observa-se ao longo da história que o próprio homem também comete atrocidades contra seu semelhante. Assim, surge a necessidade da eficácia nas relações privadas (JÚNIOR, 2012, p. 648 e 649).

No Brasil existem inúmeros casos de indivíduos, pautados no privilégio hétero e no fundamentalismo religioso, que cometem agressões físicas e verbais contra homossexuais, infringindo o direito à vida, à integridade física, à saúde e principalmente à liberdade. Constata-se então a importância da eficácia horizontal.

A Constituição da República de 1988 não prevê expressamente a eficácia horizontal, fazendo menção somente a aplicação imediata dos direitos fundamentais, conforme art.

5º § 1º. No entanto, a doutrina reconhece a eficácia privada, englobando direitos prestacionais e de defesa (COSTA, 2001, p. 49 e 50).

Acerca da forma como ocorre a eficácia horizontal, Canotilho menciona duas teorias: Teoria da eficácia direta ou imediata e Teoria da eficácia indireta ou mediata. Sobre a primeira:

De acordo com a primeira teoria, os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e diretamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais ou coletivas). Teriam, pois, uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias. (CANOTILHO, 1993, p. 618)

Já acerca da segunda teoria:

Para a teoria referida em segundo lugar, os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indireta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias. (CANOTILHO, 1993, p. 618)

O Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ e do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.008.625/SP, adotou a Teoria da eficácia direta ou mediata (COELHO, 2017).

Em conclusão, subsistem a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, vinculando o Estado, órgãos públicos, entidades da administração indireta, bem como particulares a estes direitos.

3. O PROCESSO HISTÓRICO-CULTURAL DE SEGREGAÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS

Ao longo da história da humanidade é notório a existência de um processo histórico-cultural de segregação dos homens homossexuais. O referido processo impossibilita que estes indivíduos exerçam principalmente o direito à liberdade, contrariando assim a ideia de universalidade dos direitos fundamentais. Primeiramente é necessário entender quem são os homens homossexuais, e para isso é imprescindível esclarecer o conceito de sexualidade.

Segundo Vitiello e Conceição (2020, p.1) a sexualidade se manifesta em todas as fases da vida, e seu conceito abrange vários aspectos não se resumindo apenas na genitalidade. O enfoque restrito na genitalidade produz um conceito vulgar, ou seja, comum. Na mesma lógica, a Organização Mundial da Saúde:

um aspecto central do ser humano ao longo da vida engloba sexo, identidades e papéis de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. A sexualidade é vivenciada e expressa em pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, comportamentos, práticas, papéis e relacionamentos. Embora a sexualidade possa incluir todas essas dimensões, nem todas são sempre vivenciadas ou expressas. A sexualidade é influenciada pela interação de fatores biológicos, psicológicos, sociais, econômicos, políticos, culturais, legais, históricos, religiosos e espirituais. (OMS, 2006)

Dessa forma, constata-se a amplitude do conceito de sexualidade. Nesta sequência, Valezi (2020, p. 12) aduz: “Destarte, assim como antes, hoje o termo homossexual é vocábulo para designar pessoas atraídas afetiva-sexualmente por outras do mesmo sexo.”. Logo, homens homossexuais são aqueles que se sentem atraídos por outros homens.

Dito isto, durante o Império Romano e na Grécia Antiga a homossexualidade era denominada sodomia e pederastia respectivamente. Além disso, na civilização grega, a pederastia era utilizada como mecanismo de educação para jovens desenvolverem sua masculinidade. (WIKIPEDIA, 2011, VECCHIATTI, 2008, p.56 apud DIETER, 2012, p.1 e 2). A prática homossexual acontecia da seguinte maneira:

Dessa forma, os meninos pertencentes às famílias nobres, quando se tornavam adolescentes, eram encaminhados aos cuidados de homens mais velhos, considerados sábios e guerreiros, que passariam conhecimento aos rapazes, esses chamados de “efebos”. Nesse sentido, era uma honra para os meninos serem escolhidos por esses homens mais velhos, chamados de “preceptores”, que assumiam o papel de mestres, preparando-os para a vida pública. Assim, os adolescentes serviam de “mulher” aos seus educadores. Não obstante, somente o polo ativo da relação que era valorizado e apenas a homossexualidade masculina que era aceita. Como se pode perceber tratava-se de pedofilia. (SPENCER, 1999, p.20-28, WIKIPEDIA, 2011, apud DIETER, 2012, p.2)

Cabe destaca ainda a cidade-estado de Esparta, onde os soldados homossexuais eram incentivados pelas forças militares, pois existia a ideia de que estes lutariam mais

bravamente, vez que guerreavam pelo seu povo e seu parceiro (LASSO, 2002, p. 32 apud DIETER, 2012, p.2).

Já em Roma, o único preconceito em torno da homossexualidade era contra os indivíduos passivos na relação sexual, sendo considerados inferiores aos ativos (DIAS, 2009, p.37 apud DIETER, 2012, p. 3).

Sendo assim, é notório que a homossexualidade em geral não era censurada nas civilizações antigas, totalmente pelo contrário, era educativa e incentivada.

Em contrapartida, na Idade Média (século V ao XV) a homossexualidade era considerada uma prática impura por várias religiões, principalmente pelo catolicismo. O fundamento estava na impossibilidade de procriação, sendo, portanto, um pecado (DIETER, 2012, p. 3).

A Igreja Católica na época teve um enorme impacto na sociedade, e é por isso que a homofobia é tão prevalente até os dias de hoje. Nesse seguimento:

É durante o período referendado que ocorre a ascensão da Igreja Católica e seu poder transcende questões de cunho religioso. A Igreja passa a ser a instituição de maior poder, e sua influência condiciona as mais diversas formas de relações políticas, religiosas e sociais. Essa relação de poder pode ser percebida na arte, arquitetura, política, cultura, filosofia. É no período medieval que o preconceito contra as relações homoafetivas se torna mais latente e incentivado pelas filosofias religiosas. (REINKE, SCHEMES, MAGALHÃES e KESKE, 2017, p.281)

A propagação da homofobia não era restrita ao catolicismo. Outras religiões também condenavam e condenam a homossexualidade, como o evangelismo. Em 2019, no julgamento da criminalização da LGBTfobia, foi admitida como *amicus curae* a Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE), entidade jurista de cunho religioso. Esta se manifestou pelo indeferimento do pleito, fundamentando seu posicionamento na possibilidade de a criminalização confrontar a liberdade religiosa.

Durante a Inquisição, a Igreja Católica criou o Tribunal do Santo Ofício para investigar e punir toda heresia. As heresias eram práticas que contrariavam os dogmas da Igreja, dentre elas a homossexualidade. Os homossexuais condenados sofriam penas que incluíam prisão, pagamento de multa e morte na fogueira. Além disso, muitas confissões das heresias eram obtidas através de tortura. No Brasil (século XVII), houve denúncias de

homossexualidade, sendo 30 indivíduos enviados a Portugal para morrerem queimados na fogueira (WIKIPÉDIA, 2022).

O período da Inquisição revela o quanto o catolicismo perseguiu os homossexuais com base na chamada “vontade de Deus”. Homossexuais tiveram seus direitos à vida, liberdade, integridade física e saúde violados. Inexistia dignidade humana para com estas pessoas.

Posteriormente, o regime nazista, que se estendeu entre os anos de 1933 a 1945, perseguiu homossexuais com suporte nos princípios nazistas e na legislação vigente que considerava a homossexualidade crime. Liderado por Adolf Hitler, o partido nazista mandou inúmeros homossexuais para os campos de concentração, onde os mesmos passavam por tratamentos desumanos.

Em “Triângulo Rosa – Um homossexual no campo de concentração nazista”, Schwab (2012) relata a história real de Rudolf Brazda, um homossexual que foi preso e posteriormente enviado ao campo de concentração de Buchenwald. Na obra são expostas as crueldades daquela época, dentre elas as experiências médicas com homossexuais. Nesta lógica:

Além disso, os homossexuais são as presas preferidas especialmente para as experiências do médico dinamarquês Carl Vaerner. No final de 1944, esse clínico geral, nazista convicto, vem testar tratamentos de “inversão da polaridade sexual” com os homossexuais. Sua especialidade? O implante de uma glândula artificial na virilha do sujeito para liberar hormônios aí. Ele tem esperança nos efeitos positivos sobre a preferência sexual de suas cobaias. (SCHWAB, 2012, p. 99)

Ainda durante a Segunda Guerra Mundial, o Reino Unido também criminalizava a homossexualidade. O filme “O Jogo da Imitação” (2014), relata a história verdadeira de Alan Turing, grande matemático e hoje considerado pai da computação. Este liderou uma equipe a desenvolver uma máquina para decifrar o Enigma, código usado pelos nazistas para mandar mensagens aos submarinos.

Apesar do êxito da equipe, bem como da vitória dos Aliados na guerra, Turing foi condenado pelo crime de indecência por ser homossexual, passando por um tratamento de castração química. Após um ano de tratamento, Turing cometeu suicídio com apenas 41 anos de idade. Foi somente em 2013 que a rainha Elizabeth II concedeu ao matemático um perdão real póstumo em virtude de seus feitos.

Mais à frente, acerca da despatologização, em 1990 a Organização Mundial da Saúde retirou a homossexualidade da lista de doenças. O Brasil foi mais célere neste ato, pois em 1985 o Conselho Federal de Psicologia desconsiderou a homossexualidade uma doença (SANTOS).

Não obstante, em 2017 o juiz Waldemar Cláudio de Carvalho da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, proferiu decisão liminar que autorizava psicólogos a realizarem tratamentos de “reversão sexual” com pacientes homossexuais. Posteriormente a ministra Cármen Lúcia do Supremo Tribunal Federal revogou a decisão (COELHO, 2019).

4. O PRECONCEITO COMO OBSTÁCULOS À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS HOMOSSEXUAIS

O processo histórico-cultural de segregação ocasiona a homofobia na sociedade contemporânea, isto é, a aversão e o preconceito contra homossexuais. Assim, o preconceito é tão intenso que obstaculiza a concretização de direitos fundamentais de indivíduos deste grupo.

Neste cenário, em 2021, a Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais relatou que 67 países criminalizavam a homossexualidade. A maioria destes estão na Ásia e na África, e têm penas de prisão ou morte. Brunei é um exemplo de país que aprovou a pena de morte contra homossexuais em 2019 (GONÇALVES, 2021).

Em contrapartida, o Estado brasileiro não criminaliza a homossexualidade, entretanto isso não significa que o Brasil não seja homofóbico. Nos primeiros seis meses de 2022, o Brasil registrou 135 assassinatos de pessoas LGBTQ+, sendo 63 de homens homossexuais, segundo dados do Grupo Gay da Bahia (VINÍCIUS, 2022).

Visando proteger o direito à vida dos homossexuais e de toda a coletividade LGBTQ+, o Supremo Tribunal Federal em 2019, decidiu pela criminalização da homofobia e transfobia, enquadrando estas na Lei do racismo (Lei nº 7.716/89), bem como reconheceu a omissão do Congresso Nacional em legislar o tema.

Embora a Constituição da República de 1988 tenha priorizado os princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, foi somente em 2011 que a união estável de casais homoafetivos foi reconhecida através de decisão da Suprema Corte brasileira. O entendimento, que possui eficácia *erga omnes*, possibilitou também o casamento homoafetivo direto ou mediante conversão de união estável (FARO e PESSANHA, 2014).

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça também reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo em 2011. Igualmente, o Conselho Nacional de Justiça foi imprescindível para a conquista plena deste direito. Nas palavras de Faro e Pessanha:

Também no mesmo caminho e para evitar a negativa que vinha sendo dada pelos cartórios de registrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) brasileiro editou, em 2013, a Resolução 175, proibindo que as autoridades competentes se recusassem a habilitar, celebrar casamentos civis ou converter união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Embora o CNJ não seja órgão legislativo, fixou na Resolução 175 que o interessado pode comunicar a recusa ao juiz corregedor competente para que as providências cabíveis sejam tomadas. (FARO e PESSANHA, 2014)

Futuramente, após a conquista do direito à união estável e ao casamento, os homossexuais teriam mais um direito reconhecido pela suprema corte brasileira. Em 2015, a ministra Cármen Lúcia proferiu decisão reconhecendo o direito de adoção, intitulando casais homoafetivos como família (REVISTA LADO A, 2015). Na decisão a ministra esclarece:

Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015)

Desde então, tornou-se possível dois pais adorem uma criança e chamá-la de filho ou filha. Assim, verifica-se a importância do poder Judiciário no reconhecimento de direitos de grupos historicamente marginalizados pela sociedade, ou seja, no exercício da função contramajoritária.

No contexto da homofobia no Brasil, ainda se tinha a proibição de doação de sangue por homens homossexuais e bissexuais. Esta proibição tem raízes históricas na epidemia de aids e HIV nas décadas de 1980 e 1990, em que se considerava grupos de risco para a doação de sangue: homossexuais, hemofílicos e usuários de drogas injetáveis (GYURICZA, 2020).

Dessa forma, o art. 64, inciso IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde; e o art. 25, inciso XXX, "d", da Resolução da Diretoria Colegiada nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) impediam que homens que fizessem sexo com

homens e/ou suas parceiras doassem sangue nos 12 meses posteriores à última relação sexual (LEAL, 2022).

Felizmente, em 2020 o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dessas regras discriminatórias, permitindo assim que homens homossexuais e bissexuais exerçam o direito de doar sangue (GYURICZA, 2020).

Em conclusão, constata-se que a sociedade atual é estruturalmente homofóbica, posto que o direito à vida de homossexuais é limitado no mundo até hoje. Além disso, direitos dos homossexuais à união estável, casamento, adoção e doação de sangue foram todos conquistados no Brasil a menos de 15 anos.

5. O PROCESSO COLETIVO COMO MECANISMO DE MATERIALIZAÇÃO DE DIREITOS

Em meio a uma sociedade excessivamente intolerante, o ordenamento jurídico brasileiro prevê o processo coletivo com o intuito de defesa de direitos de grupos.

Dessa forma, o processo coletivo é aquele que possui uma relação jurídica litigiosa coletiva. Esta relação será considerada coletiva se em um dos polos, ativo ou passivo, figurar um grupo. Ademais, o litígio há de abranger direito, dever ou estado de sujeição de algum grupo, ou seja, uma situação jurídica coletiva (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017, p. 31).

Nesta perspectiva:

Assim, processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.) de titularidade de um grupo de pessoas. Observe-se, então, que o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso e na tutela do grupo: coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva de titularidade de um grupo de pessoas. (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017, p. 32)

Neste seguimento, acerca do objeto do processo coletivo, o art. 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor aponta como objetos: direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito, e direitos individuais homogêneos também denominados de acidentalmente coletivos.⁴⁰

⁴⁰ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Os direitos difusos são transindividuais, possuem natureza indivisível, sendo titularizados por uma coletividade indeterminada e conectada por uma situação de fato. Os direitos coletivos em sentido estrito, também são transindividuais, indivisíveis, no entanto titularizados por um grupo de pessoas determináveis, que se ligam entre si, ou com o lado oposto, mediante uma relação jurídica base. Por fim, os direitos individuais homogêneos são direitos que possuem origem comum, em outras palavras, originados a partir de uma lesão comum (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017, p. 73-76).

Vale ressaltar que os direitos dos homossexuais trabalhados no capítulo anterior (vida, união estável, casamento, adoção e doação de sangue) são direitos coletivos em sentido estrito.

Já em relação aos fundamentos da tutela coletiva tem-se o político e o sociológico. O primeiro fundamento tem ligação com a economia processual, sendo que, através de um único processo, resolve-se conflitos de toda uma coletividade. Por outro lado, o segundo fundamento explica que o processo coletivo fornece à sociedade maior acesso à justiça (RODRIGUES, 2022 apud DIDIER JR. e ZANETI JR., 2014, p. 33).

Cabe explicar ainda a legislação aplicável ao processo coletivo. O ordenamento jurídico brasileiro não possui uma lei única para este procedimento, existindo várias leis aplicáveis de forma conjunta, formando um microsistema processual coletivo. As normas aplicáveis são: Código de Defesa do Consumidor, Lei de Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Lei do Mandado de Segurança e outras, com a devida comunicação com a Constituição da República de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015 (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017, p. 55 e 56).

Neste contexto, o princípio da atipicidade ou não taxatividade dispõe que o rol de ações e direitos coletivos é puramente exemplificativo. Ademais, a tutela coletiva pode ser concretizada através de todo procedimento (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017, p. 121).

Logo, tem-se pelo princípio supramencionado que existem várias ações capazes de consolidar direitos de uma coletividade. Didier Jr. e Zaneti Jr. (2014) elencam alguns tipos de ações coletivas, sendo: ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos e ação de improbidade

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

administrativa. Os aludidos autores ainda afirmam que parte da doutrina considera as ações de controle de constitucionalidade concentrado como ações coletivas.

Isto posto, o processo coletivo pode ser dividido em dois grupos: comum e especial. No processo coletivo comum encontra-se a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo, a ação de improbidade administrativa, o mandado de injunção coletivo, entre outros. Já no processo coletivo especial tem-se as ações de controle de constitucionalidade concentrado, sendo: ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade, e arguição de descumprimento de preceito fundamental (BASTOS, 2018).

Conclui-se, portanto, que as ações de controle de constitucionalidade concentrado tramitam através de processo coletivo, vez que nestas é possível encontrar um grupo no polo ativo ou passivo, bem como abranger direito, dever ou estado de sujeição de alguma coletividade.

6. POSICIONAMENTOS DA JUSTIÇA BRASILEIRA

A criminalização da homofobia e da transfobia pelo Supremo Tribunal Federal em 2019 foi resultado do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733. A corte reconheceu a mora legislativa do Congresso Nacional e enquadrou a homofobia e transfobia na Lei do racismo (Lei nº 7.716/89), salvaguardando o direito à vida de toda a coletividade LGBTQ+. Ressalta-se que este não foi um processo criminal, mas sim de cunho criminal.

Já a união estável de pessoas do mesmo sexo resultou do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. O STF, por unanimidade, deu procedência ao pleito, reconhecendo as uniões homossexuais como família, promovendo o mesmo tratamento das uniões heterossexuais. A decisão possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à administração pública e aos órgãos do Poder Judiciário.

Em seguimento, no Recurso Especial nº 1.183.378 – RS, o Superior Tribunal de Justiça declarou que não existe impedimento legal à celebração de casamento de pessoas do mesmo sexo.

Neste contexto, cabe reiterar a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça que proibiu que as autoridades competentes se recusassem a habilitar, celebrar casamento civil ou converter união estável em casamento de pessoas homossexuais.

Em seguida, acerca do direito à adoção, este foi reconhecido através do Recurso Extraordinário nº 846.102 – PR. Na decisão, a ministra Cármen Lúcia, considerando o reconhecimento das uniões homoafetivas (ADI nº 4.277 e ADPF nº 132), afastou a limitação de sexo ou idade da criança a ser adotada por casal homossexual (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ).

Por fim, tem-se o direito a doação de sangue. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, a suprema corte declarou a inconstitucionalidade de regras discriminatórias que impediam homens homossexuais e bissexuais de doarem sangue, sendo estas o art. 64, inciso IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde; e o art. 25, inciso XXX, "d", da Resolução da Diretoria Colegiada nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Dessa forma, possibilitou-se que homens homossexuais e bissexuais exerçam o direito de doar sangue.

7. CONCLUSÃO

A partir das análises acerca dos direitos fundamentais e do processo histórico-cultural de segregação dos homossexuais, nota-se que a sociedade atual é estruturalmente heteronormativa e homofóbica, vez que os ataques a direitos dos homossexuais têm raízes na Idade Antiga e na Idade Média.

Além do mais, em consonância com o preconceito, verifica-se que o Estado brasileiro negligenciou por muito tempo a concretização de direitos dos homossexuais, principalmente relacionados aos direitos à vida e à liberdade, contrariando princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, a proteção do direito à vida digna, no julgamento da criminalização da LGBTfobia, foi conquistada através de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (processo coletivo especial), em conjunto com um Mandado de Injução.

Já o direito à união estável e ao casamento foram concretizados através de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade em conjunto com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ambos processos coletivos especiais. O direito à adoção, não foi reconhecido através de um processo coletivo, mas sim de um Recurso Extraordinário. No entanto, teve influência da ADI E ADPF que reconheceram a união estável e o casamento homossexual.

Por fim, o direito à doação de sangue também foi reconhecido através de um processo coletivo especial, sendo uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Portanto, resta evidente que o processo coletivo, em sua modalidade especial, é ferramenta adequada para a defesa de direitos fundamentais dos homossexuais no ordenamento jurídico brasileiro.

8. REFERÊNCIAS

Adoção por casal homoafetivo. **Ministério Público do Paraná**. Disponível em: <[https://direito.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=167#:~:text=Supremo%20Tribunal%20Federal%20\(STF\)%20%E2%80%93%20Recurso%20Extraordin%C3%A1rio%20n%C2%BA%20846.102%2D,uni%C3%B5es%20homoafetivas%20como%20entidade%20familiar.](https://direito.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=167#:~:text=Supremo%20Tribunal%20Federal%20(STF)%20%E2%80%93%20Recurso%20Extraordin%C3%A1rio%20n%C2%BA%20846.102%2D,uni%C3%B5es%20homoafetivas%20como%20entidade%20familiar.)>. Acesso em: 7 de outubro de 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Fabrício Rocha. Interface entre o CPC15 e os Processos Coletivos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 70, p. 125-178, out./dez. 2018.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 12 de setembro de 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 175**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf>. Acesso em: 6 de outubro de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 25 de junho de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.183.378/RS**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 2010. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=18810976&tipo=5&nreg=201000366638&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120201&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 6 de outubro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS). Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. 2013. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 1 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543**. Relator: Ministro Edson Fachin. 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>>. Acesso em: 7 de outubro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. 2009. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 4 de outubro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. Relator: Ministro Ayres Britto. 2008. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 4 de outubro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4733/DF**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT). Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. 2012. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 1 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 846.102**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 2014. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4657667>>. Acesso em: 7 de outubro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 846.102**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 2014. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4657667>>. Acesso em: 29 de agosto de 2022.

BRAZDA, Rudolf; SCHWAB, Jean-Luc. **Triângulo rosa: um homossexual no campo de concentração nazista**. Mescla Editorial, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1993.

COELHO, Gabriela. Cármen Lúcia revoga decisão que autorizou "cura gay" por psicólogos. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-24/carmen-lucia-revoga-decisao-autorizava-cura-gay>>. Acesso em: 17 de agosto de 2022.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-07/constituicao-eficacia-direitos-fundamentais-relacoes-privadas>>. Acesso em: 2 de agosto de 2022.

COSTA, Renata Eliza Fonseca de Barcelos. **Os direitos fundamentais no plano da eficácia**. 2001.

DA SILVA, Flavia Martins André. **Direitos fundamentais**. 2006.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. **Processos Coletivos**, v. 7, n. 3, 2014.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Processo coletivo passivo. **Revista de Processo** vol, v. 165, n. 2008, p. 29-43, 2008.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Volume 4. Processo Coletivo**. 11ª ed. Salvador: JusPodivim. 2017.

DIETER, Cristina Ternes. **As raízes históricas da homossexualidade, os avanços no campo jurídico e o prisma constitucional**. IBDFAM [Internet], 2012.

EM acórdão inédito, STF reconhece direito de adoção e denomina casais homoafetivos como família. **Revista Lado A**, 2015. Disponível em: <<https://revistaladoa.com.br/2015/03/brasil/em-acordao-inedito-stf-reconhece-direito-adoacao-denomina-casais-homoafetivos-como/> / >. Acesso em: 29 de agosto de 2022.

FARO, Julio Penheiro; PESSANHA, Jackelline Fraga. **O casamento civil homoafetivo e sua regulamentação no Brasil**. Revista de bioética y derecho, n. 32, p. 72-81, 2014.

GONÇALVES, Marina. Número de países que criminalizam relações LGBT+ aumentou nos últimos cinco anos. **O Globo**, 2021. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/numero-de-paises-que-criminalizam-relacoes-lgbt-aumentou-nos-ultimos-cinco-anos-25318804> >. Acesso em: 21 de agosto de 2022.

GYURICZA, János Valery. Doação de sangue por homens gays: o fim de uma proibição preconceituosa. **Veja Saúde**, 2020. Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/coluna/com-a-palavra/doacao-de-sangue-por-homens-gays-o-fim-de-uma-proibicao-preconceituosa/>>. Acesso em: 30 de agosto de 2022.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Salvador: Editora JusPodivim, 2012.

LASSO, Pablo. Antropologia cultural e homossexualidade..., **Homossexualidade – Ciência e consciência**, p.41-43. apud BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Parcerias homossexuais – aspectos jurídicos. 1.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, p.32.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A doutrina das “categorias suspeitas” e a noção de “escrutínio estrito” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543/DF (Doação de sangue por homossexuais). **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 27, n. 1, 2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Coleção esquematizado. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

O JOGO DA IMITAÇÃO. Direção: Morten Tyldum. Produção: Black Bear Pictures, Bristol Automotive, Warner Bros. Inglaterra: The Weinstein Company, 2014. Google Play Filmes.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Saúde e Pesquisa Sexual e Reprodutiva (SRH)** Disponível em: <<https://www.who.int/teams/sexual-and-reproductive-health-and-research/key-areas-of-work/sexual-health/defining-sexual-health>>. Acesso em: 10 de agosto de 2022.

REINKE, Carlos Augusto et al. **Homossexualidade masculina e suas marcas históricas**. MÉTIS: história & cultura, Caxias do Sul, v. 16, n. 31, p. 275-290, 2017.

RODRIGUES, JOÃO RAFAEL MONTEIRO. Os fundamentos e os princípios que permeiam a tutela de direitos coletivos. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 08 junho 2022, 04:16. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/58617/os-fundamentos-e-os-principios-que-permeiam-a-tutela-de-direitos-coletivos>>. Acesso em: 14 de setembro de 2022.

SANTOS, Fábio. Homossexualidade não é doença segundo a OMS; entenda. **Terra**. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/ha-21-anos-homossexualismo-deixou-de-ser-considerado-doenca-pela-oms,0bb88c3d10f27310VgnCLD100000bbcceb0aRCRD.html#>>>. Acesso em: 17 de agosto de 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

SPENCER, Colin. **Homossexualidade: uma história**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1999, p.20-28.

VALEZI, Juliana. **Uma compreensão familiar das uniões homoafetivas segundo os princípios constitucionalmente estabelecidos**. 2008.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008, p. 56.

VINÍCIUS, Caio. Brasil teve 135 mortes de pessoas LGBTI em 2022, diz pesquisa. **Poder 360**, 2022. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/brasil/brasil-teve-135-mortes-de-pessoas-lgbti-em-2022-diz-pesquisa/>>. Acesso em: 21 de agosto de 2022.

VITIELLO, Nelson; CONCEIÇÃO, Isméri Seixas Cheque. **Manifestações da sexualidade das diferentes fases da vida**. Revista Brasileira de Sexualidade Humana, v. 4, n. 1, 1993.

WIKIPÉDIA. **Homossexualidade na Idade Média**. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade_na_Idade_M%C3%A9dia#:~:text=Na%20Idade%20M%C3%A9dia%20Ib%C3%A9rica%2C%20os,dois%20homens%20\(a%20sodomia\).>](https://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade_na_Idade_M%C3%A9dia#:~:text=Na%20Idade%20M%C3%A9dia%20Ib%C3%A9rica%2C%20os,dois%20homens%20(a%20sodomia).>)>. Acesso em: 11 de agosto de 2022.

WIKIPÉDIA. **Pederastia**. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Pederastia>>. Acesso em: 10 de agosto 2022.

WIKIPÉDIA. **Sodomia**. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Sodomia>>. Acesso em: 10 de agosto de 2022.

O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA E RESPONSABILIDADE CIVIL CAUSADOS POR RESÍDUOS SÓLIDOS PÓS-CONSUMO COM BASE NA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

BÁRBARA CORDEIRO FIGLIUOLO:

Advogada. Especialista em direito público pela Universidade Estadual do Amazonas. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas.

RESUMO: Os contínuos processos de industrialização e urbanização somados ao consumo desenfreado têm originado diversos danos à sociedade contemporânea. Dentre eles, destacam-se os danos ambientais decorrentes de resíduos sólidos pós-consumo, que podem ser caracterizados como um novo dano da pós-modernidade. Nesse contexto, pretende-se analisar, a partir do ordenamento jurídico brasileiro, a tutela jurídica dos resíduos sólidos e, conseqüentemente, dos danos ambientais pós-consumo, com fundamento na Lei 12.305/2010, também conhecida como Política Nacional de Resíduos Sólidos. A metodologia utilizada na presente pesquisa foi a bibliográfica, com método indutivo e qualitativo, com o auxílio da doutrina, legislação e jurisprudência. Inferiu-se que a referida Política introduziu ao ordenamento importantes responsabilidades preventivas aos atores participantes na cadeia de produção e consumo, como por exemplo, a obrigação de implementar o sistema de logística reversa.

Palavras-chave: Política Nacional de Resíduos Sólidos. Responsabilidade pós-consumo. Dano da pós-modernidade. Logística reversa. Princípio da responsabilidade compartilhada.

INTRODUÇÃO

Alguns séculos após a Revolução Industrial, a sociedade contemporânea passa a enfrentar e discutir os danos ocasionados pela intensa atividade industrial e a produção em massa de bens de consumo.

O consumo é um fenômeno social, não envolve apenas a satisfação das nossas necessidades. Isso porque as nossas opções de consumo envolvem um contexto de inserção na vida em sociedade, levando em consideração fatores econômicas, sociais e culturais. Assim, podemos afirmar que na contemporaneidade, vivemos a chamada cultura do consumo.

O aumento, acúmulo e a destinação final dos resíduos pós-consumo tem sido um problema de implicações potencialmente lesivas ao meio ambiente e, por consequência, para a saúde e a própria vida humana.

A problemática sobre geração e manejo de resíduos sólidos tem ganhado visibilidade no mundo contemporâneo, em especial, a partir do momento em que se reconhece a gravidade e a extensão dos danos que a disposição final inadequada dos resíduos pode gerar à saúde humana e ao meio ambiente.

O consumo em massa característico da pós-modernidade implica em reflexões acerca de como proceder frente aos desafios instaurados diante de diversos danos ambientais provocadas por resíduos sólidos. Diante disso, tornou-se evidente que um dos grandes desafios da sociedade pós-moderna é o gerenciamento dos resíduos sólidos pós-consumo.

Nesse contexto, pretende-se analisar a responsabilidade civil por danos gerados por resíduos sólidos após o consumo com base na Lei 12.305/2010, também conhecida como Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), e demais legislações ambientais.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos aborda um dos maiores desafios, em termos ambientais, das políticas públicas voltadas à diminuição dos índices de poluição e degradação do meio ambiente gerados por resíduos sólidos.

Isto porque a referida lei trouxe uma série de inovações em suas metas, princípios e instrumentos com o objetivo de enfrentar os principais problemas ambientais, sociais e econômicos decorrentes do manejo e disposição inadequada desses resíduos.

O fundamento da Lei 12.305/2010 está intimamente ligado ao princípio da solidariedade e do desenvolvimento sustentável dispostos no 225 da Constituição Federal de 1988, o qual afirma "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

O referido dispositivo constitucional estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de toda a coletividade, portanto, de natureza jurídica nitidamente difusa, privada de um portador específico, pertencente a todos e não a ente estatal ou ao cidadão.

Nesse íterim, importante que se faça o questionamento sobre as políticas públicas e medidas aplicáveis aos resíduos não aproveitáveis, gerados após o consumo. Assim, é de inegável importância o estudo da tutela dos danos ao meio ambiente natural gerados por resíduos sólidos pós-consumo, diante dos possíveis desastres ambientais causados, dentre outros fatores, pela produção em larga escala e o consumo desenfreado.

A própria Constituição define os legitimados passivos pelos danos causados ao meio ambiente: o Poder Público e a coletividade. Nesse sentido, Lei 12.305/2010 e demais instrumentos legislativos definem as responsabilidades específicas de cada participante na cadeia geradora de resíduos sólidos.

Destarte, o presente artigo tem como finalidade analisar as obrigações de cada sujeito produtor de resíduos sólidos pós-consumo, enfatizando a importância da participação destes para alcançar o propósito da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS).

A problemática central deste artigo versa, sobretudo, quanto à tutela jurídica dos fenômenos sociais e ambientais vivenciados na sociedade pós-moderna. Assim, a metodologia utilizada para direcionar a pesquisa foi a bibliográfica, com método indutivo e qualitativo, com o auxílio da doutrina, legislação e jurisprudência, visto que possibilitam a reflexão e a compreensão dos problemas e das contradições que envolvem o tema.

1.0 TRATAMENTO JURÍDICO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS PÓS-CONSUMO.

Nos primórdios ordenamentos jurídicos, os resíduos sólidos tinham natureza de bem móvel, assim, a disposição dos resíduos pós-consumo tinha natureza jurídica de *res derelictae*, ou seja, abandono da coisa móvel. Nesse sentido, o gerador do resíduo seria o detentor, e após o seu descarte ocorreria o abandono, o que não geraria qualquer responsabilidade a este detentor.

Ocorre que o regime jurídico dos direitos reais aos resíduos pós-consumo tornou-se insuficiente e inadequado para a atual concepção dos resíduos, posto que aquele previa o abandono como forma de extinção do direito de propriedade. A conjectura jurídica contemporânea, especialmente após o advento da Constituição Federal, não tolerava mais a irresponsabilidade pelos prováveis e nefastos danos causados por resíduos sólidos.

A relevância jurídica dos resíduos passa a existir a partir do momento em que se percebe seu potencial lesivo ao meio ambiente e à qualidade de vida, potencial agravado pelo volume de resíduos produzido, diretamente proporcional à ampliação do consumo de massa.

A irresponsabilidade daí decorrente ia em sentido contrário à intenção do constituinte brasileiro, visto que a Constituição Federal garante a responsabilidade civil, administrativa e penal pelas condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, nos termos do § 3º do art. 225, *in verbis*.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o

dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Dessa forma, as teorias acerca da natureza jurídica dos resíduos sólidos precisavam evoluir. Assim, pensando no avanço da tutela do meio ambiente, Patrícia Lemos (2014, p. 87) entende que a atual concepção do meio ambiente como direito fundamental de terceira geração impõe uma nova interpretação do direito de propriedade e, nesse sentido, defende a natureza jurídica dos resíduos pós-consumo como um bem socioambiental:

“A proteção que se pretende ao meio ambiente não se exaure na tutela de bens singulares componentes do meio ambiente unitariamente considerado. Assim, temos que selecionar os chamados bens ambientais, essenciais à manutenção da vida das espécies, sendo irrelevante tratar-se de bens de titularidade privada ou pública. Cuida-se da dupla titularidade dos bens socioambientais. Por isso, classificamos os resíduos como bens socioambientais que, por sua importância para as presentes e futuras gerações, acabam por gerar responsabilidade do proprietário ou do possuidor”.

Inclusive, a autora propôs e obteve aprovação do Enunciado 565 na IV Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho Federal de Justiça, a respeito da interpretação do art. 1.275, III, do CC/2002, com a seguinte redação: “não ocorre a perda da propriedade por abandono de resíduos sólidos, que são considerados bens socioambientais, nos termos da Lei 12/305/2012”.

Destarte, a partir do momento em que os resíduos sólidos não são mais considerados coisa de ninguém, surge a responsabilidade sobre os seus geradores. Nessa perspectiva, o regime jurídico não tutela mais apenas três fases do ciclo econômico do resíduo, quais sejam, a produção, a distribuição e o consumo dos produtos, mas também tutela a disposição final ambientalmente adequada dos resíduos pós-consumo.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos considera como geradores de resíduos sólidos as “pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que geram resíduos

sólidos por meio de suas atividades, nelas incluído o consumo”, disposto no inciso IX do art. 3º da referida legislação.

Percebe-se, portanto, que o atual ordenamento jurídico brasileiro tutela a responsabilidade pelos resíduos sólidos pós-consumo, quem quer que sejam seus geradores. Assim, são responsáveis, nos termos da lei, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes e os consumidores, ou seja, toda a cadeia produtiva dos resíduos pós-consumo.

2. ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE PREVENTIVA INSTITUÍDA NA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS.

O ordenamento brasileiro, considerando a importância do meio ambiente como bem jurídico, adota a responsabilidade civil objetiva pelos danos ao meio ambiente. A tutela foi consagrada na Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 6.938/81), cuja recepção pela Constituição Federal de 1988 se deu com fundamento no § 3º do art. 225, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O autor Cesar Antonio Pacheco Fiorillo (2014) entende que “A adoção pela Constituição Federal do regime da responsabilidade objetiva implica a impossibilidade de alteração desse regime jurídico da responsabilidade civil, em matéria ambiental, por qualquer lei infraconstitucional”.

Nesse sentido, a PNRS deve seguir o regime jurídico firmado na Carta Magna, de forma que os produtores de resíduos sólidos são responsáveis, objetivamente, independentemente de culpa ou dolo, pelos danos causados ao meio ambiente.

Além das responsabilidades pós dano, a proteção do meio ambiente, tanto na PNRS como nas diversas legislações ambientais, envolve medidas diretamente preventivas como educação, investigação, estudos de impacto ambiental, licenciamento, entre outros,

quanto medidas de desestímulo às práticas degradadoras decorrentes das responsabilidades civil, penal de administrativa.

Ocorre que, entendimento tradicional da doutrina e da jurisprudência é de que o regime da responsabilidade civil objetiva é acionado após a ocorrência do dano, com a finalidade de que as indenizações financiem a recuperação do meio ambiente. Nessa seara, a Política Nacional de Resíduos Sólidos trouxe inovações ao sistema da responsabilidade civil ambiental, isto porque a novel legislação determina diversas obrigações aos possíveis gerados de resíduos pós-consumo de forma preventiva ao dano.

A criação de responsabilidade a fim de tutelar a prevenção do dano instrumentaliza diversos princípios do direito ambiental e da Política Nacional de Resíduos Sólidos, como o princípio da prevenção, um dos princípios basilares do Direito Ambiental, que, basicamente, significa que “em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente” (Fiorillo, 2014).

Outrossim, no que tange à responsabilidade por resíduos sólidos, o princípio da prevenção opera como um dever de cuidado, de utilização dos bens ambientais com razoabilidade.

O art. 225 da Constituição Federal prevê implicitamente o princípio ao mencionar o dever de preservação do meio ambiente que se impõe à coletividade e ao Poder Público. Além disso, trata de diversos mecanismos preventivos do dano, como a exigência de estudo prévio de impacto ambiental nos casos de atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental.

Da mesma forma, as responsabilidades preventivas relacionam-se diretamente com o princípio do desenvolvimento sustentável, haja vista que permite uma maior abrangência das potencialidades, sendo desnecessária a concretização do prejuízo para colocar seu mecanismo em execução. Alcança-se um equilíbrio, muito embora frágil, entre as atividades do homem, sob as vistas de uma ampla responsabilidade civil preventiva, e a preservação da natureza.

No contexto da Política Nacional de Resíduos Sólidos, o princípio também deve ser entendido como um ideal que importe a diminuição do consumo, promoção de investimentos e ampliação da informação, concretizada por meio de planos e estratégias, ou seja, um guia para a elaboração de políticas públicas.

Ainda no que se refere aos fundamentos principiológicos das obrigações preventivas, importante asseverar quanto ao direito da sociedade à informação e ao controle social. Somente com a devida informação é possível viabilizar a participação, ou seja, a atuação da sociedade civil nos termos previstos pelo legislador. No que se refere à responsabilidade pós-consumo, o possuidor do resíduo deve ser informado a respeito das formas e locais de disposição correta dos resíduos, bem como sua devolução no caso dos produtos sujeitos à sistemática da logística reversa. Todos os elos da cadeia da responsabilidade compartilhada ficam obrigados. Entretanto, para que o sistema funcione, é imprescindível a correta informação como forma de viabilizar a participação da sociedade.

O princípio do poluidor-pagador também é um dos princípios norteadores da PNRS e pode ser relacionado com a responsabilidade preventiva. Podemos afirmar que o princípio do poluidor-pagador determina a incidência e aplicação de alguns aspectos do regime jurídico da responsabilidade civil aos danos ambientais, quais sejam, a responsabilidade civil objetiva, a prioridade de reparação específica do dano ambiental e a solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente.

Assim, o objetivo do referido princípio é impedir a socialização do prejuízo ambiental, significa dizer que, considerando a função do bem socioambiental, a sociedade não pode ser penalizada.

Por fim, mas não menos importante, a Política Nacional de Resíduos Sólidos introduz ao ordenamento jurídico um novo princípio chamado princípio da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.

Inserir-se a responsabilidade compartilhada pelos resíduos sólidos, um sistema diferenciado que adota o conceito de atribuições individualizadas e encadeadas entre os gestores do risco: fabricantes e importadores, distribuidores e comerciantes, titulares de serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos e o próprio consumidor, que tem papel fundamental para o sucesso da gestão de resíduos no Brasil. A sua implementação, que envolve a logística reversa de produtos elencados na referida lei, apresenta dificuldades técnicas e econômicas, que tem demandado uma série de discussões, abarcando os setores envolvidos, o Poder Público e os órgãos ambientais.

Assim, cada um dos participantes da cadeia de consumo tem o seu papel. Por exemplo, a redução de resíduos está muito mais relacionada ao próprio processo produtivo e ao emprego de novas tecnologias. Assim, qualquer responsabilidade nesse sentido fica adstrita ao próprio fabricante e não pode ser transferida aos demais participantes. Por outro lado, a participação do comércio, por sua proximidade com o consumidor, é extremamente relevante no que se refere à informação e à conscientização.

Nesse sentido, as disposições legais a respeito da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) permitem um controle inverso: a responsabilidade pós-consumo influencia até mesmo na escolha das embalagens e nas informações relativas ao ciclo de vida completo do produto, buscado redução, reaproveitamento e reciclagem de resíduos.

Desta forma, muito embora estas obrigações legais não se encaixam perfeitamente nos termos tradicionais de responsabilidade civil, defendemos que a Política Nacional de Resíduos Sólidos introduziu uma espécie de responsabilidade civil ambiental preventiva, visto que a responsabilização civil possibilita uma limitação patrimonial. No caso em análise, a limitação patrimonial se dá desde logo, com a obrigação de implementar as regras legais.

Outrossim, o produtor de resíduo sólido, especialmente no que tange aos personagens envolvidos no sistema de logística reversa, pode ser demandado de forma judicial quando caracterizada sua conduta comissiva ou omissiva, ainda que não haja um dano. Isto porque, como já defendido, a obrigação de implementar as obrigações por resíduos sólidos pós-consumo, a fim de evitar a geração do dano, desencadeia-se de forma preventiva.

2.1 Logística reversa: princípio da responsabilidade compartilhada e responsabilidade preventiva e resíduos pós-consumo.

A industrialização causa impacto direto no meio ambiente por meio dos mecanismos de produção. Indiretamente o consumo de determinados produtos causa indesejável impacto ambiental consistente no lixo urbano, ou seja, dos produtos que não tem mais utilidade e quando, descartados de forma incorreta, podem causar danos irreversíveis ao meio ambiente.

Em razão disso, a Lei 12.305/2010 determinou que os produtores, fabricantes, importadores e comerciantes de determinados produtos passem a ser responsáveis não apenas pela diminuição do impacto ambiental em seu ciclo de produção, mas também após a utilização do produto pelo destinatário final.

Com base nisso, são obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, que consiste no retorno dos produtos após o uso pelos consumidores, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciante de pilhas e baterias, pneus, óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens, lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista e produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

O art. 33 da PNRS dispõe que:

Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:

I - agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos previstas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas;

II - pilhas e baterias;

III - pneus;

IV - óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens;

V - lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista;

VI - produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

No caso dos resíduos sujeitos à logística reversa no âmbito da legislação brasileira, há diversas obrigações para a cadeia produtiva (fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes) como divulgação de informações relativas a como evitar, reciclar e eliminar resíduos associados aos seus produtos, bem como o recolhimento dos produtos e dos resíduos remanescentes após o uso e, ainda, a obrigação de dar destinação final ambientalmente adequada. Nesse caso, a cadeia produtiva apontada fica obrigada a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, de forma que o retorno dos produtos pós-consumo se dê de forma independentemente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos.

Assim, a partir da PNRS, o sistema de logística reversa se tornou obrigatório para as cadeias de produtos acima mencionados. O sistema de logística reversa engloba diferentes atores sociais na responsabilização da destinação ambientalmente adequada dos resíduos sólidos. Gera obrigações, especialmente do setor empresarial, de realizar o recolhimento de produtos e embalagens pós-consumo, assim como reassegurar seu reaproveitamento no mesmo ciclo produtivo ou garantir sua inserção em outros ciclos produtivos.

A legislação institui, desde já, determinadas obrigações, no entanto, não exclui a possibilidade de criação de novas encargos por meio de normas infralegais, acordos setoriais ou termos de compromisso, conforme a redação legislativa:

Art. 33 [...]

§ 3º Sem prejuízo de exigências específicas fixadas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama e do SNVS, ou em acordos setoriais e termos de compromisso firmados entre o poder público e o setor empresarial, cabe aos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes dos produtos a que se referem os incisos II, III, V e VI ou dos produtos e embalagens a que se referem os incisos I e IV do **caput** e o § 1º tomar todas as medidas necessárias para assegurar a implementação e operacionalização do sistema de logística reversa sob seu encargo, consoante o estabelecido neste artigo, podendo, entre outras medidas:

I - implantar procedimentos de compra de produtos ou embalagens usados;

II - disponibilizar postos de entrega de resíduos reutilizáveis e recicláveis;

III - atuar em parceria com cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, nos casos de que trata o § 1º.

§ 4º Os consumidores deverão efetuar a devolução após o uso, aos comerciantes ou distribuidores, dos produtos e das embalagens a que se referem os incisos I a VI do **caput**, e de outros produtos ou embalagens objeto de logística reversa, na forma do § 1º.

§ 5º Os comerciantes e distribuidores deverão efetuar a devolução aos fabricantes ou aos importadores dos produtos e embalagens reunidos ou devolvidos na forma dos §§ 3º e 4º.

§ 6º Os fabricantes e os importadores darão destinação ambientalmente adequada aos produtos e às embalagens reunidos ou devolvidos, sendo o rejeito encaminhado para a disposição final ambientalmente adequada, na forma estabelecida pelo órgão

competente do Sisnama e, se houver, pelo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos.

§ 7º Se o titular do serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, por acordo setorial ou termo de compromisso firmado com o setor empresarial, encarregar-se de atividades de responsabilidade dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes nos sistemas de logística reversa dos produtos e embalagens a que se refere este artigo, as ações do poder público serão devidamente remuneradas, na forma previamente acordada entre as partes.

§ 8º Com exceção dos consumidores, todos os participantes dos sistemas de logística reversa manterão atualizadas e disponíveis ao órgão municipal competente e a outras autoridades informações completas sobre a realização das ações sob sua responsabilidade.

O Decreto 7.404/2010, que regulamenta a Lei no 12.305/2010 e institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, define a responsabilidade dos consumidores na logística reversa:

Art. 6º. Os consumidores são obrigados, sempre que estabelecido sistema de coleta seletiva pelo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos ou quando instituídos sistemas de logística reversa na forma do art. 15, a acondicionar adequadamente e de forma diferenciada os resíduos sólidos gerados e a disponibilizar adequadamente os resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis para coleta ou devolução.

Parágrafo único. A obrigação referida no caput não isenta os consumidores de observar as regras de acondicionamento, segregação e destinação final dos resíduos previstas na legislação do titular do serviço público de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.

Nos termos do supracitado decretado, na implementação e operacionalização do sistema de logística reversa poderão ser adotados procedimentos de compra de produtos ou embalagens usadas e instituídos postos de entrega de resíduos reutilizáveis e recicláveis, devendo ser priorizada, especialmente no caso de embalagens pós-consumo, a participação de cooperativas ou outras formas de associações de catadores de materiais recicláveis ou reutilizáveis.

Portanto, quando concretizado o sistema de logística reversa na localidade, os fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes e consumidores tem sua responsabilidade definida de forma preventiva, a fim de evitar a ocorrência de danos ao meio ambiente.

Importante destacar que a escolha de determinados produtos e materiais pelo legislador não se deu de forma aleatória. Há uma prioridade, de acordo com o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente, entre os resíduos sólidos pós-consumo. Pensando nisso, previu-se a extensão da logística reversa para produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e outros produtos e embalagens no decreto executor da PNRS, como previsto nos §§ 1º e 2º, a seguir:

Art. 33 [...]

§ 1º Na forma do disposto em regulamento ou em acordos setoriais e termos de compromisso firmados entre o poder público e o setor empresarial, os sistemas previstos no **caput** serão estendidos a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e aos demais produtos e embalagens, considerando, prioritariamente, o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados.

§ 2º A definição dos produtos e embalagens a que se refere o § 1º considerará a viabilidade técnica e econômica da logística reversa, bem como o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados.

Percebe-se que a cadeia produtiva deve responder pelo produto após o seu consumo, oferecendo ao consumidor meios para a entrega consciente do bem inutilizável e poluidor.

Percebe-se que a Política Nacional de Resíduos Sólidos e o seu Decreto regulamentador (Decreto 7.404/2010) delinearão as obrigações sobre toda a cadeia de produtores para a categoria de resíduos sólidos pós-consumo destacada.

Diante do exposto, podemos concluir que a obrigação de implementar o sistema de logística reversa é um dos maiores exemplos de responsabilidade civil instituída de forma preventiva, isto porque o responsável pode ser demandado por seu eventual descumprimento ou inobservância da legislação, ainda que não haja qualquer dano.

3.A TUTELA JURÍDICA PELOS DANOS GERADOS POR RESÍDUOS SÓLIDOS PÓS-CONSUMO.

Tradicionalmente, os danos ao meio ambiente são concebidos, pela doutrina e pela jurisprudência, como uma lesão a um interesse difuso, que significa dizer que o prejuízo atinge interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.⁴¹

A problemática dos resíduos sólidos pós-consumo, em razão de envolver bens jurídicos como o direito à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e à própria dignidade humana, claramente tem natureza difusa.

Além da responsabilização por dano ambiental de forma patrimonial, a concepção do dano ambiental como difuso permite o reconhecimento do dano ambiental extrapatrimonial, que “diz respeito a perda de qualidade de vida, ou seja, aspectos ligados à saúde humana, ao sossego, ao direito a determinada situação ecológica” (Patrícia Lemos, 2014, p. 103-105 e 123).

Os danos ambientais decorrentes de resíduos sólidos podem ser considerados, ainda, como uma forma de poluição ao meio ambiente natural. Nos moldes do art. 3º, III, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), o lixo urbano, ou seja, o resíduo pós-consumo possui a natureza jurídica de poluente. O aludido dispositivo determina que a poluição existe quando há

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

[...]

II – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante das atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;

41 Código de Defesa do Consumidor: Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”.

Assim, o resíduo sólido pós-consumo, desde o momento em que é produzido, possui a natureza jurídica de poluente, porque, assumindo o papel de resíduo urbano, deverá ser submetido a um processo de tratamento que, por si só, constitui, mediata ou imediatamente, forma de degradação ambiental.

Importante destacar que os danos ambientais podem decorrer de diversas origens por atuação concorrente de inúmeros sujeitos, e, em vários casos, como nos danos por resíduos sólidos pós consumo, manifestam-se somente depois do transcurso de um longo período de tempo.

Somando-se esses fatores à progressiva geração de resíduos com alta potencialidade de risco ao meio ambiente, em decorrência do acentuado processo de urbanização, os danos ambientais decorrentes de resíduos pós-consumo devem ser considerados como um dos novos danos oriundos do fenômeno da pós-modernidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A apropriada tutela jurídica dos resíduos sólidos pós-consumo, não só no Brasil, mas em todo mundo, é temática imprescindível e urgente, diante dos prováveis e futuros desastres ambientais.

A função preventiva assume importância crucial quando se tem em consideração aquelas situações em que é totalmente impossível a reparação integral do dano, como, muitas vezes, são os casos de danos ambientais.

Assim, devemos valorizar medidas preventivas de forma a evitar a ocorrência do dano, como meio de buscar uma efetiva política ambiental, ao invés de ajuizar demandas com exorbitantes valores indenizatórios.

Conforme demonstrado na presente pesquisa, o sistema de logística reversa foi um dos principais instrumentos preventivos trazidos pela Política Nacional de Resíduos Sólidos. Isto porque a legislação prevê a responsabilização da cadeia envolvida na fabricação, importação, distribuição, comercialização e consumo de determinadas espécies de produtos ainda que não haja qualquer dano em seu aspecto naturalístico. Assim, a PNRS, antevendo um dano, impôs obrigações de fazer e não fazer à toda cadeia produtiva e pós-consumo.

A responsabilidade pelos danos causados descarte inadequado de resíduos sólidos pós-consumo não se restringe ao usuário final, estendendo-se a todas aquelas que concorreram, direta ou indiretamente, para o resultado, na medida em que o dano ambiental pode ter diferentes causas ou fontes, simultâneas ou sucessivas, sendo bastante difícil sua determinação.

No entanto, importante asseverar que, a discussão jurídica acerca da responsabilidade pós-consumo não exclui a necessária e constante reflexão quanto ao consumo em massa da sociedade urbano industrial, com a consequente alteração dos atuais padrões insustentáveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 de outubro de 2022.

_____. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm> Acesso em: 27 de outubro de 2022.

_____. Lei 12.305, de 02 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 de ago. 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm >. Acesso em 27 de outubro de 2022.

_____. Decreto 7.404, de 23 de dezembro de 2010. Regulamenta a Lei 12.305/2010. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 dez. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7404.htm> Acesso em: 27 de outubro de 2022.

_____. Decreto 10.936, de 12 de janeiro de 2022. Revoga o Decreto n. 7.404 de 2010 e regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10936.htm#art91> Acesso em: 27 de outubro de 2022.

FIGLIUOLO, Barbara Cordeiro; MARQUES, José Roque Nunes. A RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA NO ÂMBITO DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS (LEI 12.305/2010) E SUA APLICABILIDADE PRÁTICA EM MANAUS... In: Anais do SICASA e ANPPAS Amazônia. Anais... Manaus(AM) UFAM/ANPPAS, 2016. Disponível em:

<[https://www.even3.com.br/anais/IVSICASA/33024-A-RESPONSABILIDADE-COMPARTILHADA-NO-AMBITO-DA-POLITICA-NACIONAL-DE-RESIDUOS-SOLIDOS-\(LEI-123052010\)-E-SUA-APLICA](https://www.even3.com.br/anais/IVSICASA/33024-A-RESPONSABILIDADE-COMPARTILHADA-NO-AMBITO-DA-POLITICA-NACIONAL-DE-RESIDUOS-SOLIDOS-(LEI-123052010)-E-SUA-APLICA)>. Acesso em: 27 de outubro de 2022.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 14 edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUERRA, Sidney. Resíduos Sólidos: Comentários à Lei 12.305/2012. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

LEMOS, Patrícia Fala Iglecias. Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. A Responsabilidade Ambiental Pós-consumo e o Princípio da Participação na Novel PNRS: Contornos Necessários. Aspectos Relevantes da Política Nacional de Resíduos Sólidos. São Paulo, Editora Atlas, 2013.

SILVA, Bruno Campos. A Responsabilidade Ambiental Pós-consumo e o Princípio da Participação na Novel PNRS: Contornos Necessários. Aspectos Relevantes da Política Nacional de Resíduos Sólidos. São Paulo, Editora Atlas, 2013.

CRIME DE *STALKING*: A TIPIFICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ANA CARLA FEITOSA NUNES:

Discente do nono período de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

KIARA COSTA SENA⁴²

(coautora)

ANA LETICIA ANARELLI ROSATI LEONEL⁴³

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho aborda questões relacionadas à tipificação do crime de *stalking*, pois apesar de ser algo bem recente no Brasil, a existência deste crime é muito antiga em grande parte dos países desenvolvidos. As primeiras legislações sobre o tema datam de mais de 30 anos atrás, na década de 1990, quando houve a necessidade de nomear o tipo de perseguição que pessoas da mídia sofriam dos seus fãs. Somente a partir dos anos 2000 que o tema se volta para o contexto das relações íntimas. O estudo em pauta terá foco na análise de produções acadêmicas e materiais literários em relação ao conjunto de teorias, analisando-se a concepção do tema oferecida pela doutrina abalizada sobre o assunto. Para isso, usa-se livros, periódicos, teses, dissertações, relatórios de pesquisas e mídias eletrônicas.

Palavras-chave: *Stalking*; direito civil e *stalking*; *stalking* ordenamento jurídico.

1 INTRODUÇÃO

No contexto brasileiro, em 31 de março de 2021 foi publicada a Lei 14.132, que altera o Código Penal para incluir o art. 147-A, tipificando o crime de perseguição (*stalking*), o qual, ainda que inove o ordenamento jurídico com um tipo penal específico, coloca em evidência algo que a doutrina (nacional e estrangeira) já debate há tempos.

⁴² Discente do nono período de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. m

⁴³ Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), pós-graduada em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Universidade Potiguar (UNP) e pós-graduada em Direito Civil pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Professora do Centro Universitário Santo Agostinho e consultora Jurídica Especial de Gabinete do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

Com a intenção de estabelecer uma previsão legal para o crime de perseguição (*stalking*),

a Lei n.º 14.132/2021 acrescentou, então, o artigo 147-A ao Código Penal:

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – contra criança, adolescente ou idoso;

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do §2º-A do art. 121 deste Código;

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação.

O ato de perseguição acontece com muita frequência em situações de violência doméstica e familiar contra a mulher. No entanto, o tipo penal previsto no art. 147-A não restringiu sua aplicação ao ambiente familiar, podendo ser aplicado em qualquer local e sob qualquer contexto de relação entre as partes.

Como já assinalado, o Código Penal buscou suprir uma lacuna na legislação penal brasileira, especialmente pelo crescente número de casos de *stalking* e a sensação geral de impunidade para a referida conduta. Assim, a lei ampara crianças, idosos e, em especial, mulheres, suas maiores vítimas, que sofrem com relacionamentos abusivos, inveja, vingança, obsessão, preconceito, assédio ou não aceitar o fim de um relacionamento e que, em muitos casos, pode acabar em morte.

Destaque-se que esse tipo de conduta já existia antes da tipificação legal mencionada. Porém, mostrava-se ineficaz em grande parte das vezes, o que acabou

gerando denúncias sem soluções e penalizações. Mesmo porque, se não houvesse agressão, o fato de perseguir alguém não configuraria o crime. 44

Assim, ressalta a importância da tipificação dessa conduta criminosa, que teve um grande avanço referente às denúncias, podendo suscitar um aumento ao dobro, significando o cumprimento positivo os objetivos que foram criados. Pode-se dizer, em princípio, que a criação do tipo penal específico pode trazer uma maior segurança às mulheres, já que os perseguidores responderão, de fato, pela prática do crime.

Isso porque, de contravenção penal, torna-se um delito mais grave, protegendo o bem jurídico de tutela da privacidade e intimidade da vítima, com o objetivo de resguardar o fundamento da dignidade humana, base da nossa Constituição Federal de 1988.

2 CONCEITO DE *STALKING* E PERSEGUIÇÃO

O *stalking* é conceituado por Jorge Trindade (2010, p. 5-6) como uma “constelação de condutas que podem ser muito diversificadas, mas envolvem sempre uma intrusão persistente e repetida por meio da qual uma pessoa procura impor à outra, mediante

44APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. REVOGAÇÃO EXPRESSA PELA LEI N. 14.132/21. ABOLITIO CRIMINIS OU APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE NORMATIVA-TÍPICA A DEPENDER DO EXAME DO CASO CONCRETO. STALKING. RECONHECIMENTO DA ABOLITIO CRIMINIS PARA UM DOS RÉUS E DA CONTINUIDADE NORMATIVA-TÍPICA PARA O OUTRO. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. 1) A revogação expressa do art. 65 da LCP prevista na Lei nº 14.132/21 não significa, por si só, que a abolitio criminis passou a ser a regra para todas as situações que estavam previstas na contravenção penal, mas é preciso distinguir as situações práticas e analisá-las com acuidade, fazendo-se imperioso observar se se existe a continuidade do ilícito anterior em comparação com o novo dispositivo penal. 2) No caso concreto, a conduta do apelante Zedequias da Costa Pires não se amolda ao novo tipo penal de perseguição, diante da inexistência de comprovada reiteração de atos, razão pela qual inarredável o reconhecimento da abolitio criminis, acarretando a extinção da punibilidade do agente, bem como cessando os efeitos penais decorrentes da r. sentença condenatória quanto ao cometimento da contravenção do art. 65 do decreto-lei n.º 3.688/41. Mantém-se, contudo, a sentença condenatória pelo cometimento do crime de ameaça. 3) A conduta da apelante Adria Costa Moreira, ao contrário daquela atribuída ao corréu ZEDEQUIAS, se amolda ao novo tipo penal de stalking, diante da existência comprovada reiteração de atos contra a vítima (havendo perseguição), o que atrai a aplicação do princípio da continuidade normativo-típica. Sentença mantida. 4) Recurso do apelante Zedequias da Costa Pires conhecido e parcialmente provido para, em reforma parcial a sentença, acolher a preliminar suscitada e declarar a extinção da punibilidade pela ocorrência da abolitio criminis em relação a contravenção penal de perturbação da tranquilidade em decorrência da inserção do artigo 147-A do CP, mantendo, contudo, sua condenação pelo crime de ameaça (art. 147, do CP). 5) Recurso da apelante Adria Costa Moreira conhecido e não provido, mantendo sua condenação pelo cometimento da contravenção de perturbação da tranquilidade (art. 65 do decreto-lei n.º 3.688/41) eis que se amolda ao novo tipo penal de stalking(TJ-AP - APL: XXXXX20208030002 AP, Relator: MÁRIO MAZUREK, Data de Julgamento: 30/06/2021, Turma recursal)

contatos indesejados, às vezes ameaçadores, gerando insegurança, constrangimento, e medo na vítima”.

Trata-se de um crime com intuito de controlar a vida da vítima, por meio de diversos mecanismos, como ligações, mensagens, frequência nos mesmos lugares de lazer, permanência na porta da casa, escola ou trabalho da vítima, entre outros (JESUS, 2008).

O comportamento de perseguição sempre existiu; não se trata de uma conduta nova, mas, muitas vezes, pode ser confundida como um ato romântico ou de preocupação, surgindo frequentemente no âmbito de relações amorosas (MATOS; GRANGEIA; FERREIRA; AZEVEDO, 2012), daí a dificuldade, por vezes, em distinguir entre o romântico e o obsessivo.

No entanto, o *stalking* é uma forma de violência de comportamentos de assédio persistente, perpetrados por uma pessoa que, de modo obsessivo, persegue outra, com a qual insiste em manter uma relação com propósitos específicos contra a vontade da vítima (GRANGEIA; MATOS, 2012; PIRES; SANI; SOEIRO, 2018).

Assim, a conduta criminosa também tem como base a ausência de concordância da vítima com a situação de fato que ocorre na dita perseguição. Neste ponto que se distingue um ato de afeto com um ato de perseguição.

2.1 TIPOS DE *STALKING*

Ao longo das últimas décadas, vários pesquisadores tentaram criar uma tipologia de *stalking*. Entre os tipos existentes os mais conhecidos são os de Mullen, Pathe, Purcell e Stewart (1999, 2000 e 2006), que distinguem cinco perfis de *stalkers* com base em traços como padrões comportamentais, motivações e personalidade.

Esses perfis foram nomeados de buscador de intimidade, o qual não tem histórico de relação prévia com a vítima, mas deseja este relacionamento e acredita que ambos estejam destinados a ficarem juntos; (2) pretendente incompetente, cujo perfil predominante é um homem socialmente incompetente que, apesar de estar apaixonado pela vítima, está apenas em busca de um encontro casual ou sexual, não uma alma gêmea como no caso anterior; (3) perseguidor rejeitado, o qual carrega sentimentos de afeição, derivados do desejo de reconciliar-se com a vítima, e vingança, não aceitando o término do relacionamento prévio com a mesma; (4) perseguidor rancoroso, que busca vingança pela rejeição sofrida ou pela vítima ter ferido seu ego de alguma forma, perseguindo-a com o propósito de intimidá-la para reconquistar algum sentimento de poder e controle; e, por fim, (5) perseguidor predatório, que costuma permanecer anônimo a princípio e engaja em comportamentos de vigilância e perseguição da vítima geralmente com o objetivo de

atacá-la em um futuro próximo, a agressão sexual sendo a finalidade mais comum. Os agressores deste fenômeno na maioria das vezes são do sexo masculino

Pode-se perceber que os casos de *stalking* com maior destaque na mídia é envolvendo pessoas famosas. Mas não se limita a estes casos. Na maioria das vezes, o *stalking* é alguém que já tem um nível de familiaridade ou intimidade com a vítima. A literatura aponta que, de fato, os maiores agressores do fenômeno, além de serem homens, constituíam, na maior parte, conhecidos da vítima ou ex-companheiros do que, como poderia assumir o senso comum, desconhecidos (Matos et al., 2012).

Dessa forma, vê-se que há diversas motivações que podem levar à prática do crime que, conforme se vê a seguir, pode trazer efeitos bastante prejudiciais à vida da vítima, ferindo-lhe sua dignidade.

3 CONSEQUÊNCIAS DO *STALKING*

As consequências que as vítimas de *stalking* sofrem causam alterações em seu estilo de vida (Amar, 2006; Dressing, Kuehner, & Gass, 2005; Hall, 1998; Tjaden & Thoennes, 1998) e impactam na saúde física (Kuehner, Gass, & Dressing, 2007) e mental, tendo reações de “medo, hipervigilância, desconfiança e sentimentos de abandono ou falta de controle” (Matos et al., 2012, pp. 162). Relaciona-se a sintomas e distúrbios psiquiátricos, principalmente sintomas depressivos, ansiosos e traumáticos (Blaauw, Winkel, Arensman, Sheridan, & Freeve, 2002; Mechanic, Uhlmansiek, Weaver, & Resick, 2002; Nicastro, Cousins, & Spitzberg, 2000; Pathé & Mullen, 1997; Purcell, Pathé, & Mullen, 2005, citados por Kuehner et al., 2007; Kamphuis & Emmelkamp, 2001).

Considerando o enorme impacto desta experiência, o *stalking* já foi descrito como “terrorismo psicológico” (Hall, 1998, p. 133) e comparado a um desastre de avião em relação ao nível de seus efeitos traumáticos (Kamphuis & Emmelkamp, 2001).

O trauma trazido pelo *stalking* decorre de comportamento humano, no entanto. E, como já dito, é inicialmente identificado como um comportamento humano persecutório, então, desenvolvido pelo agressor de maneira obsessiva e insidiosa, através de condutas violentas contra a pessoa, com interesse de passar a controlar a vida da sua vítima.

Considerado uma forma de terrorismo psicológico (HALL, 1998 apud MATOS et al., 2011), o *stalking* traz, portanto, inúmeros prejuízos à saúde física e mental e ao estilo de vida da vítima como medo, desconfiança, hiper vigilância, sentimento de abandono e sensação de falta de controle (PATHÉ; MULLEN; PURCELL, 2001). Pesquisas mostram que 88% das vítimas ficam mais cautelosas, 52% se assustam com mais facilidade, 41% reagem com paranoia e 27% afirmam ter ficado mais agressivas (HALL, 1998 apud CARVALHO, C.S.S., 2011). A incidência de psicopatologias em vítimas de *stalking* é bastante elevada

(MATOS et al., 2011), sendo mais comumente observados transtorno de estresse pós-traumático, outros transtornos de ansiedade e depressão (PATHÉ; MULLEN; PURCELL, 2001).

Mais de 80% das vítimas costumam manifestar um aumento da ansiedade em resposta à perseguição, sendo que um terço apresenta os critérios de diagnóstico para transtorno de estresse pós-traumático (ex.: lembranças intrusivas, excitação excessiva, distúrbios do sono, hiper vigilância e comportamentos de esquiva), um quarto relata ter considerado ou tentado o suicídio, e um quarto aumenta o consumo de álcool e tabaco ou recorre à automedicação para aliviar os sintomas do estresse (PATHÉ; MULLEN; PURCELL, 2001).

Como consequência *do stalking*, várias vítimas são forçadas a alterar sua rotina, abandonar o emprego ou a escola, evitar atividades sociais e mudar a aparência física (PATHÉ; MULLEN; PURCELL, 2001). Podem ainda ter prejuízos materiais, decorrentes da necessidade de aquisição ou reforço de medidas de segurança, restauração de bens danificados pelo *stalker*, e gastos com honorários advocatícios e custas processuais (BREWSTER, 1998 apud MATOS et al., 2011)

O *stalking* é um tipo de comportamento tão assustador que pode causar pânico, gerando pensamentos como o de suicídio, perturbações e ansiedades nas vítimas, por não saber o que vai acontecer exatamente e o momento em que sofrerão os ataques (APAV, 2020). Além das consequências emocionais, psicológicas e físicas para a vítima (SANI; CARRASQUINHO; SOEIRO, 2018), o *stalking* também traz consequências para familiares e amigos, que se afastam do convívio social, alteram rotinas e comportamentos para evitar ataques e conquistar uma maior segurança pessoal (BUDD; MATTINSON; MYHILL, 2000; APAV, 2020).

Por tudo isso, não havia como a seara jurídica não dedicar maior atenção ao tema, razão pela qual surge e se impõe a nova tipificação legal.

4 TIPIFICAÇÃO DA LEI

No Brasil, até poucos anos atrás, o estudo dessa área era tão precário que sequer apresentavam resultados em português a pesquisas em navegadores, e no âmbito do Direito Penal brasileiro, tais condutas sequer eram conhecidas pela quase totalidade dos acadêmicos.

A área tornou-se mais relevante devido a repercussão de diversos casos ocorridos com celebridades, e ao *cyberstalking* devido a popularização da tecnologia e por sua adoção generalizada nos mais diversos segmentos da vida dos cidadãos. Isso porque as

condutas praticadas pelo *stalker* (perseguidor) são muito diversificadas, podendo ser aparentemente inofensivas, rotineiras ou triviais, como telefonar frequentemente ou mandar muitas mensagens, e até mesmo “românticas”, como oferecer vários presentes, enviar flores, fazer demonstrações públicas de afeto, ou intimidadoras, como fazer ameaças e ofensas (GRANGEIA; MATOS, 2012)

Um bom exemplo é retratado na série ‘YOU’, de 2018, da plataforma Netflix, que retrata a história de Joe, gerente de uma livraria, que em um dos seus dias de trabalho, atende Beck uma escritora, que deseja comprar um livro. A partir desse instante, Joe começa a procurar informações para conhecer Beck, pela internet, acessando todas as suas redes sociais, contatando os amigos que ela possui, e acompanhando os lugares que ela frequenta, o que ela lê, onde ela está, os *check-in*, e em atualizações.

Em determinado momento, Joe descobre, por meio de uma foto postada em uma rede social, o local onde Beck mora e, assim, começa a manipular encontros, que parecem ser por acaso, ou seja, Joe torna-se um *stalker* de Beck. No começo Beck sente-se lisonjeada com esses encontros casuais, com o gostar dos mesmos lugares etc., mas depois isso acaba transtornando-a de tal forma porque Joe não a deixa um minuto em tranquilidade. Ela já não tem mais liberdade, privacidade. Ou intimidade.

Apesar de se tratar de uma série, a situação é muito mais comum do que parece aos nossos olhos, porque muitas pessoas sofrem essa perseguição.

Havia muitos crimes anteriormente em nosso sistema legal que eram semelhantes ao que agora é conhecido como perseguição. Os agentes que praticassem esses comportamentos ilícitos específicos seriam considerados criminosos e seriam punidos pelo sistema. O agente poderia ser indiciado por ofensas à integridade física, coação, ameaça, violação da privacidade e assédio sexual. Eles também poderiam ser punidos se cometerem esses crimes em uma disputa entre si. Acusações adicionais não relacionadas aos comportamentos considerados criminosos à época também foram deixadas de fora.

A perseguição é considerada uma forma de assédio, intimidação ou violência. Envolve perseguição contínua de uma pessoa-alvo. Existem vários comportamentos que devem ser observados ao determinar se alguém está perseguindo alguém; estes incluem perseguir alguém persistentemente, alvejar alguém contextualmente e impactar a vítima. Além disso, o *stalking* pode levar a outras formas de violência, como violência sexual, física e até assassinato (MATOS et al., 2011). Se alguém está perseguindo alguém ou não depende de ações isoladas ou consistentes; se estes não estiverem presentes, então o comportamento não é considerado *stalking* (JAMES; FARNHAM 2003).

Como comumente relatado em canções de artistas, como a canção *Every Breath You Take* do cantor Sting, de 1983, que afirma que cada passo, movimento, respiro, sorriso e

palavra da sua amada vítima estariam sendo observados, já que ela não conseguia perceber que pertencia a ele. Ou na canção *Stan* do cantor Eminem, que conta a saga de Stan, seu *stalker*, que reclamava a falta de resposta a duas cartas enviadas, contendo números de celular, *pager* e telefone residencial no rodapé, dizia-se o maior fã, com nome tatuado no peito e paredes cobertas de cartazes, e acabou por atirar-se bêbado de uma ponte, levando consigo a namorada grávida, presa no porta-malas do carro. Na música *Animals de 2014*, do grupo Maroon 5, interpretada pelo cantor Adam Levine, ele afirma que anda caçando uma moça que pensava que podia se esconder, e deveria saber que podia farejá-la a milhas de distância como fazem os animais.

Já a cantora Adele confessa, em sua música *Hello* de 2015, que ligou, sem êxito, cerca de mil vezes para o ex, tentando se desculpar. Já no contexto brasileiro esses acontecimentos são comumente relatados pelos compositores do gênero sertanejo como na canção *Delegada* de 2009, interpretada por João Neto e Frederico com a participação da dupla Fernando e Sorocaba e composta pelo cantor Fernando Assis conhecido artisticamente como Sorocaba, em que ele relata estar sendo perseguido por uma *cyberstalker* que se achava a delegada da paixão. E na música *Vidinha de Balada* de 2017, a dupla Henrique e Juliano compartilha que foi sem aviso a casa de uma "ficante" e disse para desculpar a visita, mas vinha para dizer que a queria, e se ela não o quisesse ia ter que querer, porque ia namorar ele sim, e aí dela se reclamasse, porque daí ia ter que casar também . 45

Essas ações obsessivas deixam as vítimas em constante estado de ansiedade ou sob o domínio permanente do medo. A pesquisa *Stalking in America: Finding From the National Violence Against Women Survey* publicada em abril de 1998 já apontavam que uma a cada doze mulheres e um a cada quarenta e cinco homens já sofreu *stalking* na vida. Mais recentemente, em 2009, o *National Crime Victimization Survey* elevou esses números para uma a cada seis mulheres e um a cada dezenove homens. E uma pesquisa de 2015, apontou que num período de doze meses, quatorze a cada mil pessoas são vítimas de *stalking* nos EUA, e esse percentual sobe para trinta e quatro a cada mil, se forem pessoas separadas ou divorciadas.

Segundo estatísticas de diversas pesquisas o tempo médio que uma pessoa sofre com tal ato é de 1,8 anos e cerca de trinta por cento das perseguições terminam com

45 Não só na música, mas na vida dos famosos os *stalkings* estão presentes, como no caso da apresentadora Ana Hickmann que foi atacada por um fã que tentava a todo custo ter intimidade com ela, mantendo varias contas nas redes sociais a fim de ganhar sua atenção, acompanhando todos os passos da famosa acabou se hospedando no mesmo hotel e atacando, tendo uma luta corporal com seu assessor e vindo a óbito.

algum tipo de violência. E nessas pesquisas apenas eram considerados os casos de *stalking*, que é uma modalidade mais complicada de ser cometida que o *cyberstalking*.

Apenas na pesquisa do *National Crime Victimization Survey* já apontava que um a cada quatro casos de *stalkign* incluíam o uso de métodos informáticos. Pois com o surgimento dos computadores domésticos e dos *smatphones*, cada usuário de um dispositivo passou a ser um *stalker* em potencial, aumentando muito tais números.

Devido a discussão tardia sobre esse tema no Brasil, a maioria das leituras mais aprofundadas sobre ele são obras da década de 1990 e início dos anos 2000, pois foi nesse momento histórico que o mundo acadêmico internacional debateu entusiasmadamente a existência dessa, até então, nova realidade social, e a necessidade de regulamentação.

Há muito tempo há relatos de vítimas que sofrem desse problema, mas não foi possível vinculá-lo a um termo específico. No entanto, o rastreamento tornou-se objeto de pesquisas científicas há apenas alguns anos; portanto, não deve ser entendido como um fenômeno recente, mas como um novo método comportamental (SPITZBERG; CUPACH, 2003).

Hoje entende-se, que legislações para tais problemáticas são importantes sob o risco de, em não existindo, permitir-se crescente impunidade. Esse é um tema complexo e interdisciplinar, englobando a criminologia, psiquiatria, psicologia, antropologia, sociologia e filosofia do direito e pura.

Pelo fato de a produção de obras bibliográficas científicas específicas sobre o assunto só terem se iniciado no Brasil em 2017, tendo diversos movimentos nacionais pedindo o veto total ou parcial da lei, ela foi aprovada e sancionada em 31 de março de 2021, entrado em vigor na própria data de publicação.

5 DEFINIÇÕES DO TERMO OBJETO DA LEI

O projeto de lei inicialmente era "perseguição obsessiva", porém, alterou para simplesmente "perseguição", baseado no argumento de que: "Essa emenda decorre de sugestão da Associação dos Magistrados Brasileiros, segundo a qual a utilização de termos próprios da psicologia, como a obsessão, na descrição do tipo pode levar a imprecisões terminológicas e limitar o alcance da norma aos casos em que for, de fato, verificada a existência da neurose no comportamento do agente."

De acordo com a palavra "obsessiva" a ideia era ser reprimenda não a conduta de perseguição simplesmente, mas sim do insistente ato de importunar alguém de modo exagerado, prejudicando determinados valores. Porém, a expressão "obsessiva" poderia ter sido acrescentada de outras formas, como "insidiosa" ou similar, que facilitariam o entendimento da gravidade da conduta.

A retirada do termo “obsessão” não muda em termos práticos, porque a preocupação era afastar do tipo a discussão acerca da incapacidade de compreender o caráter ilícito da conduta em seu viés psiquiátrico, isso permanece inserido na análise da culpabilidade penal.

Assim, é inofensivo retirar a “obsessão” do debate, pois, ainda que excluído do tipo (onde possivelmente seria prescindível), permanece na culpabilidade, podendo igualmente ensejar inimputabilidade em situação de incapacidade. Nesse sentido, identificado transtorno mental capaz de afastar a compreensão da ilicitude, não haverá crime propriamente dito.

O termo obsessão não necessariamente provoca patologia suficiente para impedir a compreensão da natureza ilegal do comportamento. Pelo contrário, na maioria dos casos, o termo, em seu uso técnico ou atual, significa apenas um estado capaz de influenciar o comportamento de um agente sem comprometer a legitimidade de sua presença no polo passivo da conduta criminosa.

Em português, “perseguir” significa o verbo “seguir”, prefixado com “per”. Este prefixo é de origem latina e significa “através, acima, muito”. Em um contexto específico, é melhor significar algo como “excessivo”. Portanto, perseguição é equivalente a: “seguir demais”.

De acordo com o Dicionário Michaelis, é um verbo com múltiplos significados. Mas, essencialmente, sua definição pode ser rastreada até a sociedade material. Definições atômicas como “seguir ou ficar para trás”, “companheirismo de grupo”, “escolta”, “seguir invisível”,

“Passar de um ponto a outro”, “andar em determinada direção” e até “seguir um caminho ou um caminho” estiveram na consciência de gerações.

A primeira definição léxica do verbo perseguir, mantém a lógica material, apontando como sendo o ato de “correr no calção de”. Mas definições mais abrangentes aparecem em segundo plano, como “buscar conquistas e realizações” e “causar aborrecimento, importunar, incomodar”.

6 BEM JURÍDICO TUTELADO

Parece provável que, aos olhos da sociedade, o gênero pareça tratar de crimes necessariamente relacionados à violação de bens jurídicos existentes, e que exija necessariamente a presença física de agentes, que devem representar a virtualidade de rostos anacrônicos. Nesse sentido, a classificação de assédio informático encoberto acaba ficando aquém.

A legislação criminal deve usar verbos bem pensados para explicar o comportamento relacionado ao crime à sociedade com delineamento claro, especialmente em uma época em que as realidades materiais e imateriais são misturadas.

A perseguição ocorre em ambientes físicos, onde os maiores problemas estão relacionados a intervenções disruptivas que prejudicam o corpo da vítima. O assediado recebe presentes, identifica o perseguidor nos lugares que frequenta, recebe cartas e muito mais. Com o evoluir das tecnologias, as relações humanas foram se desmaterializando, e se potencializando, por meio de mecanismos de comunicação à distância e construções de segundas personalidades, agora virtuais.

A introdução de bens jurídicos adicionais é necessária porque novos valores surgiram ou valores clássicos foram revisitados e receberam uma roupagem diferente. O que antes era apenas liberdade de ir e vir e pensar, ganhou viés computacional a partir da liberdade de navegação, criação de mídia nas redes sociais, construção de personalidades alternativas, acesso a sistemas e arquivos, e muito mais.

À medida que as pessoas começam a usar as redes sociais para controlar a exposição a diferentes partes de suas vidas privadas, até criam avatares e alteram os egos de ter sua própria fama e reputação virtual. Outros itens se tornam relevantes

No contexto brasileiro uma obra recente, mas de destaque, é o livro *Stalking e Cyberstalking – Lei N.º 14.132/2021 (Crime de Perseguição)*, publicado na data do dia primeiro de janeiro de 2022 pela editora Cronus, do autor Ernesto Coutinho Júnior, que coloca a obra agora como uma ferramenta essencial e indispensável para o operador jurídico, mostrando de forma clara, objetiva, simples, dinâmica, e ao mesmo tempo, aprofundada e extremamente atual, pois foi cuidadosamente pesquisado e estudado de forma diferenciada, tendo como principal virtude ser completo, pois este livro apresenta o *stalking* e o *cyberstalking*, no âmbito social e jurídico. A obra abrange as áreas da Psiquiatria, Psicologia, Criminologia, Sociologia, História e Filosofia do Direito, e nela encontramos os conceitos de *stalking* e *cyberstalking*, teorias acerca de perfis de *stalkers*, conduta e análise de risco, noções de vitimologia, aspectos psicológicos entre outros. O texto ainda traz, a análise detalhada do crime de perseguição, tipo penal inserido no ordenamento jurídico pela Lei nº 14.132/2021. Prometendo corresponder às expectativas por seu conteúdo insólito, e se mostrando essencial para os profissionais do direito que buscam uma visão abrangente da matéria, servindo como fonte para dinamizar o processo do conhecimento avançado a toda a família forense.

Outra obra muito prestigiada, é o livro *Stalking e Cyberstalking* publicado na data do dia primeiro de janeiro de 2021 pela Editora Juspodivm, da autora Ana Lara Camargo Castro, que também já tem outra publicação na área em parceria com o autor Spencer Toth Sidow publicada na data do dia primeiro de janeiro de 2017 pela Editora D'Plácido, com o

título: *Stalking e Cyberstalking: Obsessão, Internet, Amedrontamento*. Na obra mais recente ela traz uma análise detalhada do crime de perseguição, teorias acerca de perfis de *stalkers*, noções de vitimologia e instrumentos práticos como um diário de incidentes denominado de log, questionário para identificar vitimização nomeado como Stalquiz, inclusive com viés específico em violência de gênero e formulário de avaliação de risco catalogado como *Stalkômetro*.

Este livro é considerado pioneiro em apresentar o *stalking* e o *cyberstalking*, sob óptica crítica e reflexiva, abrangendo nuances de diversas facetas desse fenômeno social e jurídico. A obra é fruto de parceria intelectual há muito consolidada entre os autores, que se conheceram na *University State of New York*, nos Estados Unidos, durante projetos individuais acadêmicos. Promotora de Justiça e Advogado Criminalista que compartilham, conciliam e complementam suas visões sociojurídicas de modo ousado e criativo. Além disso, será possível compreender os modelos estadunidense, inglês e português, bem como as especificidades dos ambientes militares e universitários.

O texto contempla, ainda, a análise detalhada do crime de perseguição, tipo penal inserido no ordenamento jurídico pela Lei 14.132/2021. Embora direcionada aos operadores do Direito, diante da multidisciplinariedade de abordagens, o livro interessa a público variado nas áreas de saúde, educação, assistência social, medicina, relações internacionais e ciências sociais e políticas. A expectativa é instigar, promover reflexão, ampliar o debate nacional, auxiliar vítimas e familiares, e contribuir para o avanço civilizatório nas relações digitais.

A obra *Stalking a Responsabilidade Civil e Penal Daqueles que Perseguem Obsessivamente* do autor Bruno Bottiglieri, publicada na data do dia vinte e oito de junho de 2018, busca evidenciar todos os elementos e requisitos para tutelar os interesses das vítimas das insistentes perseguições, responsabilizando civil e criminalmente os perseguidores. A obra conta ainda com estatísticas internacionais sobre a incidência do fenômeno no mundo, políticas criminais internacionais, relatos de vítimas e perseguidores, análises de perfis clínicos de perseguidores, a exposição dos danos à saúde experimentados pelas vítimas e o estudo prático das poucas decisões judiciais disponíveis sobre o tema.

Mais uma obra do tema é o livro *Stalking: Atos Persecutórios Obsessivos ou Insidiosos* publicado na data do dia primeiro de abril de 2017, pela editora Casa do Direito, dos autores Mário Luiz Ramidoff e Cesare Triberti, que tem o objetivo de trazer à discussão uma nova maneira de violência contra a pessoa, realizada a partir de desvios associativos e psicossociais do agente a quem se atribui a prática dessas condutas consideradas delituosas, e, atualmente, potencializada, pelas inúmeras formas tecnológicas que facilitam

a comunicação humana. Por isso mesmo, a obra se inicia com a abordagem de inúmeros casos de ameaça e de violência perpetrados contra a pessoa, em razão mesmo dos desvios associativos e psicossociais do agente que se vale da convivência familiar, comunitária e social, para, assim, constranger, perseguir, vulnerabilizar, e, por fim, tornar cativa a vítima, tomando-a, por assim dizer, como “sua” propriedade, enfim, como “seu” objeto, e, como seu objetivo de perseguição.

6 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como o crime de *stalking* está se adequando no ordenamento jurídico brasileiro. Dada à importância do assunto, torna-se necessário o desenvolvimento de formas de conscientização da importância de se ter tal conduta tutelada pelo direito penal. Ainda assim, sabe-se que o tema demanda maiores considerações, que não caberiam no presente trabalho, dada a sua limitação física.

Ainda assim, não se pode perder de vista que os registros e características desse crime remontam há muitos anos ao redor do mundo. Não apenas arquivos, mas casos de assédio, desde os mais simples (resolvidos com uma simples denúncia do assediador) até os mais complexos (infelizmente, o desfecho do caso pode ser fatal para a vítima). Falar em assédio não é um fato simples e efêmero, mas envolve a necessária avaliação de seu caráter multifacetado. Por isso, acredita-se que a partir do momento em que o comportamento do assediador atinge o patamar de atentado a interesses legítimos, a vítima realmente deve se socorrer do direito penal.

Portanto, a inclusão dessa norma em nosso Código Penal permitirá, assim se espera, atingir o objetivo da prevenção integral, pois servirá de alerta à comunidade. Além de criar certo senso de proteção, trata-se de suprimir a representação, encerrar a perseguição, respeitar a privacidade que as vítimas desejam e a proteção constitucional

Lado outro, é importante a facilitação ao acesso à proteção penal da vítima. Deve haver canais de denúncia específicos para o processo de habilitação criminal e proteção mais efetiva, para conseguir mais celeridade em relação à proteção e até mesmo as situações mais complexas, bem como a sensação de punibilidade do agente agressor.

Além disso, o desconhecimento do crime faz com que os assediadores continuem sua prática, havendo sim a necessidade de aumentar o conhecimento e a informação sobre esse fenômeno na esfera judicial.

REFERÊNCIAS

ABREU, Vanessa Akemi Odahara. Identificação da vitimização por *stalking* no Brasil. 2019.

BRASIL. Código Penal. 1940

BRASIL. Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021. Brasília – DF. 2021.

BRITO, Ana Letícia Andrade. *Stalking* no Brasil: uma análise dos aspectos psicológicos e jurídico-penais. 2013

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011 v. 1

CASTRO, Ana Lara; SYDOW, Spencer. *Stalking* e cyberstalking: obsessão, internet, amedrontamento. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017

CATALANO, Shannan. Perseguição de vítimas nos Estados Unidos—Revisado. *Idade*, v. 18, n. 19, pág. 8-047, 2012.

CRESPO, Marcelo. Algumas reflexões sobre o Cyberstalking. Canal Ciências Criminais, 2 set. 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/algumas-reflexoes-sobre-ocyperstalking/>. Acesso em: 09 ago. 2022.

MATOS, Marlene e cols. Inquérito de vitimação por *stalking*: Relatório de investigação. 2011.

MULLEN, Paul E.; PATHÉ, Michele; PURCELL, Rosemary. *The management of stalkers. Advances in Psychiatric Treatment*, v. 7, p. 335-342, 2001.

MULLEN, Paul E.; PATHÉ, Michele; PURCELL, Rosemary; STUART, Geoffrey. *Study of stalkers. American Journal of Psychiatry*, v. 156, n. 8, p. 1244-1249, 1999.

PATHÉ, Michele; MULLEN, Paul; PURCELL, Rosemary. *Management of victims of stalking. Advances in Psychiatric Treatment*, v. 7, n. 6, p. 399-406, 2001.

PIRES, Sara A.; SANI, Ana Isabel; SOEIRO, Cristina. *Stalking e cyberstalking* em estudantes universitários: uma revisão sistemática. 2018.

SPITZBERG, Brian H. *The tactical topography of stalking victimization and management. Trauma, Violence, & Abuse*, v. 3, n. 4, p. 261-188, out. 2002.

TRINDADE, Jorge. *Stalking*: a perseguição implacável. In: TRINDADE, Jorge. Manual de psicologia jurídica: para operadores do direito. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 239-244

You. Série. Greg Berlanti e Sera Gamble. Estados Unidos (EUA): Netflix, 2018.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) NA JUSTIÇA DO TRABALHO

DAYANE MACIEL BEZERRA DE CASTRO:

Mestranda em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas na Universidade do Distrito Federal (UDF).

RESUMO: No presente trabalho iremos abordar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas na Justiça do Trabalho, trazendo o seu conceito e finalidade, os requisitos necessários, a legitimidade para instauração, a necessidade de divulgação do incidente, competência do órgão para apreciar o pedido, a suspensão dos processos, o processamento do incidente e a revisão da tese.

Palavras-chave: incidente; repetitivas; Justiça do Trabalho.

ABSTRACT: In the present work we will address the Incident of Resolution of Repetitive Demands in the Labor Court, bringing its concept and purpose, the necessary requirements, the legitimacy for establishment, the need to disclose the incident, competence of the body to consider the request, suspension of proceedings, incident processing and thesis review.

Keywords: incident; repetitive; Work justice.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa realizar um estudo acerca do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) previsto no Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), trazendo os dados dos novos processos na Justiça do Trabalho em 2020 e 2021, bem como buscando demonstrar a aplicabilidade e importância desse incidente na Justiça do Trabalho.

Na Justiça brasileira temos um grande volume de processos, dentre eles muitos são julgados na Justiça do Trabalho. Existem muitas ações que têm questão comum de direito. Com isso, é necessário a busca por mecanismos que garantam um tratamento igual a esse tipo de demanda. Um dos mecanismos que são utilizados é o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Esse incidente não visa a prevenção de demandas, mas tão somente o tratamento igual das demandas onde seja verificada questão comum de direito. Nesses casos, o julgamento de cada caso em isolado pode trazer uma insegurança jurídica, visto que cada juiz pode ter um entendimento diferente a respeito da mesma questão. Ademais, não se justifica o julgamento em isolado de causas dessa natureza, visto que é injusto pois não garante a isonomia, fazendo com que os litigantes tenham a ideia de que depende da sorte de cair em determinado local para conseguir êxito na sua demanda. Não obstante, a Justiça precisa buscar sempre garantir a celeridade processual e o incidente veio justamente para ajudar também nesse sentido.

O método que foi utilizado na pesquisa é o dedutivo. A pesquisa se classifica como descritiva e bibliográfica. A problemática apresentada é a quantidade de processos repetitivos na Justiça do Trabalho.

Além desta introdução, esse artigo está organizado da seguinte forma: item 1 trataremos sobre o volume de processos na Justiça do Trabalho, no item 2, buscaremos demonstrar o conceito e finalidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, no item 3 falaremos sobre a legitimidade, no item 4 iremos falar sobre a instauração do incidente, no item 5 iremos discorrer sobre a suspensão dos processos, no item 6 trataremos sobre o processamento e julgamento do incidente, no item 7 falaremos sobre a revisão da tese, no item 8 iremos trazer as informações do site do Conselho Nacional de Justiça com relação ao IRDR na Justiça do Trabalho e ao final fizemos as considerações finais e referências bibliográficas que foram utilizadas para a realização do presente artigo.

1. VOLUME DE PROCESSOS

De acordo com o site do Tribunal Superior do Trabalho, o número de processos recebidos na Justiça do Trabalho no ano de 2020 foi de 2.867.673 e no ano de 2021 foi de 2.888.33946.

No que diz respeito ao cenário da Justiça do Trabalho, Carolina Tupinambá, afirma que:

O cenário tem se tornado cada vez mais preocupante. A inadequação da tutela processual, o despreparo ou a atuação propositalmente favorável à manutenção do caos sistêmico derivado das demandas massificadas por parte dos advogados ou dos próprios sujeitos causadores da litigiosidade repetitiva e o crescimento paulatino da diferença entre volume de entrada e saída de processos da Justiça do Trabalho já acarreta, ou, em curto prazo, certamente acarretará, déficit de proteção aos direitos fundamentais de ordem trabalhista, com flagrante limitação ao efetivo acesso à Justiça.⁴⁷

A Justiça precisa julgar as demandas massificadas com um entendimento único, e isso é possível por meio do IRDR. Esse sistema ajuda na proteção dos direitos fundamentais

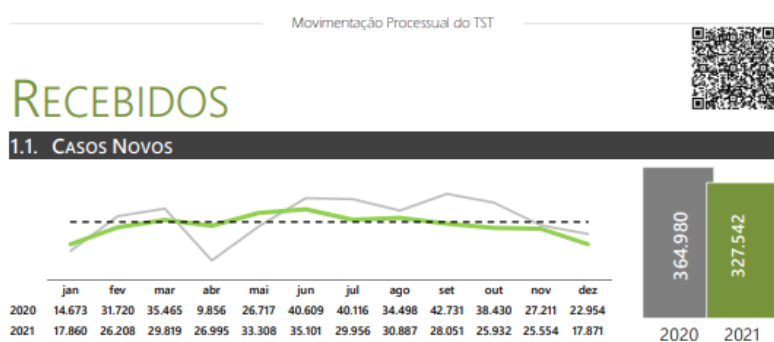
46Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados na Justiça do Trabalho.** Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/recebidos-e-julgados>> Acesso em: 02 mar. 2022.

47 TUPINAMBÁ, Carolina. **O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO.** Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/146877/2018_tupinamba_carolina_incidente_resolucao.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 23 fev. 2022.

buscando garantir o efetivo acesso à Justiça, respeitando os princípios constitucionais da igualdade, da segurança jurídica e da duração razoável do processo.

Nas Varas do Trabalho, em 2020 foram recebidos 1.477.336 novos processos.⁴⁸ Nos Tribunais Regionais do Trabalho o número de novos processos recebidos em 2020 chegou a 982.964.⁴⁹

Quando se trata do Tribunal Superior do Trabalho, o número de novos casos recebidos foi de 364.980 em 2020 e de 327.542 em 2021, conforme figura abaixo⁵⁰:



De acordo com o relatório da Movimentação Processual do Tribunal Superior do Trabalho no ano de 2021, “os cinco assuntos que mais ingressaram no Tribunal foram Horas Extras, Negativa de Prestação Jurisdicional, Honorários Advocatícios, Terceirização/Ente Público e Valor da Execução/ Cálculo/Correção.”⁵¹

As partes que mais tiveram processos no Tribunal são os bancos, empresas de telefonia e entes públicos.⁵² Observamos que existe um volume significativos de novas

48 Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados nas Varas.** Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/vt/recebidos-e-julgados>> Acesso em: 02 mar. 2022.

49 Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados nos TRTs.** Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/trt/recebidos-e-julgados>> Acesso em: 02 mar. 2022.

50 Tribunal Superior do Trabalho. **Movimentação Processual Tribunal Superior do Trabalho Ano de 2021.** Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/18640430/24361510/MP+2021.pdf/bb64b78e-a4f1-be10-318b-852a0c398472?t=1615569306077>> Acesso em: 02 mar. 2022.

51 Tribunal Superior do Trabalho. **Movimentação Processual Tribunal Superior do Trabalho Ano de 2021.** Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/18640430/24361510/MP+2021.pdf/bb64b78e-a4f1-be10-318b-852a0c398472?t=1615569306077>> Acesso em: 02 mar. 2022.

52 Idem. <<https://www.tst.jus.br/documents/18640430/24361510/MP+2021.pdf/bb64b78e-a4f1-be10-318b-852a0c398472?t=1615569306077>>

demandas nas Varas do Trabalho, nos Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho. Ademais, existem assuntos e partes que são recorrentes nas demandas judiciais na Justiça do Trabalho.

Carolina Tupinambá explica que:

Os litigantes habituais, máxime empresas empregadoras ou tomadoras de serviços, apostam na pluralidade de decisões não padronizadas, completamente autônomas e desconectadas uma das outras, sendo de certa forma estimuladas a conservar práticas à margem da lei, projetando que a variedade de possíveis desfechos dos conflitos derivados submetidos ao Judiciário poderão ser, ou não, repreendidos e de formas diversas, contexto que pode representar uma boa margem de lucro gerado a partir do descumprimento contínuo de obrigações trabalhistas.⁵³

As demandas onde temos uma questão comum de direitos podem vir a serem julgadas de diferentes formas, fazendo com que não haja uma unificação do entendimento, o que acarreta insegurança jurídica, bem como colabora para que as empresas que têm mais demandas na justiça permaneçam desrespeitando as leis, à espera de decisões que lhes favoreçam.

2 CONCEITO E FINALIDADE

No que diz respeito ao IRDR, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer explicam que:

Em síntese, havendo uma questão comum de direito, repetida em diversos processos – individuais ou coletivos –, poderá ser instaurado o incidente para que, a partir de um ou mais processo(s), seja formado um “modelo” do conflito repetitivo, para que a questão jurídica controvertida seja levada à apreciação do tribunal. O tribunal, por ocasião do julgamento e da definição da tese jurídica aplicável aos casos homogêneos, deverá ouvir amplamente todos os interessados para que profira decisão completa, que sirva como padrão decisório para os casos repetitivos. Por outro lado, enquanto tramitar o incidente, todos os processos que versem sobre igual matéria deverão permanecer sobrestados, aguardando a definição

53TUPINAMBÁ. Carolina. **O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO.** Disponível em:

<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/146877/2018_tupinamba_carolina_incidente_re_solucao.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 23 fev. 2022.

da tese jurídica. Após o julgamento, compreendidos os eventuais recursos, a tese jurídica firmada no incidente será aplicável aos processos em curso e aos seguintes, até que haja superação ou revisão.⁵⁴

O IRDR surgiu como um procedimento ou incidente que permite a definição de uma tese jurídica a ser aplicada aos casos em que há uma multiplicidade de demandas sobre a mesma questão de direito. Nesse caso, não se trata de uma ferramenta para prevenir as demandas repetitivas, mas sim, de aplicar uma tese jurídica comum a todos os processos onde haja questão de direito comum.

O Professor José Roberto Freire Pimenta nos ensina que o objetivo do incidente de resolução de demandas repetitivas é:

a tutela isonômica e efetiva dos direitos individuais homogêneos; trata-se de incidente processual (não dando origem, portanto, a uma nova relação processual nem significando a avocação da competência para julgar todas as demais demandas repetitivas) que tem o escopo de, mediante julgamento único e vinculante, assegurar interpretação isonômica à questão jurídica controvertida em demandas repetitivas que busquem tutela jurisdicional a direitos individuais homogêneos; sua atual disciplina normativa está nos arts. 976 a 987 do novo Código de Processo Civil.⁵⁵

No Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é definida uma tese jurídica comum a diversas ações individuais ou coletivas repetitivas, e após essa definição, ela será aplicada aos processos novos ou em curso que versem sobre a mesma matéria até que haja revisão ou superação da tese jurídica definida. Esse incidente busca garantir a isonomia, celeridade e segurança jurídica.

3. LEGITIMIDADE

54 MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. **O incidente de Resolução de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil**. In: Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais/ coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador: Juspodivm, 2016.

55PIMENTA, José Roberto Freire. **"O sistema dos precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no processo do trabalho"**, in Revista do TST, Brasília, vol. 82, abr/jun 2016.

A lei traz o rol de legitimados para suscitar o IRDR. Conforme o artigo 977 do Código de Processo Civil⁵⁶, o IRDR pode ser suscitado de ofício pelo juiz ou relator, por petição pelas partes, por petição pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública.

De acordo com Carolina Tupinambá, “o Ministério Público e a Defensoria Pública poderão, tendo em vista a redação não condicionante, requerer a instauração do incidente mesmo quando não forem partes, desde que haja um interesse compatível com as suas funções.”⁵⁷

Com isso, verificamos que o Ministério Público e a Defensoria Pública pode suscitar o IRDR na condição de parte ou mesmo quando não estiverem nessa condição, desde que haja interesse compatível com as funções de cada órgão.

A matéria suscitada no IRDR será julgada independente de a parte requerer a desistência ou abandonar o processo, pois conforme determina o artigo 976, § 1º do Código de Processo Civil, “A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.”⁵⁸.

4. INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE

Os requisitos necessários para instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas estão previstos no art. 976 do Código de Processo Civil⁵⁹, quais sejam, I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O referido artigo fala que precisa haver simultaneamente os dois requisitos acima, ou seja, são cumulativos.

Carolina Tupinambá, salienta que “o termo “efetiva” se traduz na exigência de que já exista multiplicidade de processos para a sua instauração, não sendo cabível o IRDR ante

56 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23 fev. 2022.

57 TUPINAMBÁ, Carolina. **O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/146877/2018_tupinamba_carolina_incidente_resolucao.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 23 fev. 2022.

58 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23 fev. 2022.

59 Idem.

mero potencial de multiplicação. ...não tem serventia para se evitar a multiplicação de demandas.”⁶⁰

Além dos requisitos acima mencionados, de acordo com o § 4º, do artigo 976 do Código de Processo Civil⁶¹, não cabe o incidente de resolução de demandas repetitivas “quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.”

Patrícia Miranda Pizzol explica que se trata de um requisito negativo ao afirmar que: “além dos requisitos dos incisos do caput do art. 976 do CPC, há, ainda, um pressuposto negativo – a ausência de decisão de afetação nos tribunais superiores relativa a questão objeto do incidente.”⁶²

O incidente será instaurado no tribunal e distribuído para o órgão competente, de acordo com o respectivo regimento interno. O órgão competente julgará o incidente e fixará a tese jurídica, cabendo também a ele o julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária de onde se originou o incidente, conforme determina o art. 978 do código de Processo Civil.⁶³

Com relação ao procedimento do IRDR, Carolina Tupinambá afirma que:

...deve favorecer a ampliação e pluralidade do debate, visando, assim, o exaurimento do tema em análise. Por esta razão, contará com a participação não apenas das partes, como também de demais pessoas, órgãos, entidades e instituições interessadas que possam, de qualquer forma, contribuir com a discussão.⁶⁴

60TUPINAMBÁ, Carolina. **O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO.** Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/146877/2018_tupinamba_carolina_incidente_re_solucao.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 23 fev. 2022.

61 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23 fev. 2022.

62 PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela coletiva – processo coletivo e técnicas de padronização das decisões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. 1ª edição.

63 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23 fev. 2022.

64TUPINAMBÁ, Carolina. **O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO.** Disponível em:

No IRDR será firmada uma tese jurídica a ser aplicada a várias demandas. Com isso, é necessário um amplo debate sobre a matéria para que a decisão a ser tomada seja justa.

O art. 979 do Código de Processo Civil, dispõe que:

Art. 979 A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.⁶⁵

A instauração do IRDR deve ser amplamente divulgada para que todos tenham conhecimento e possam participar do debate sobre a matéria. Ademais, tão importante quanto a divulgação da instauração é a divulgação do julgamento do IRDR. Isso permite que todos tenham conhecimento da tese que foi firmada pelo Tribunal para determinada matéria de direito.

O art. 976, § 3º, do Código de Processo Civil vigente, dispõe que “a inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado”.⁶⁶

Verificamos que o fato de não serem preenchidos os requisitos para a instauração do IRDR, não impede que seja instaurado novamente.

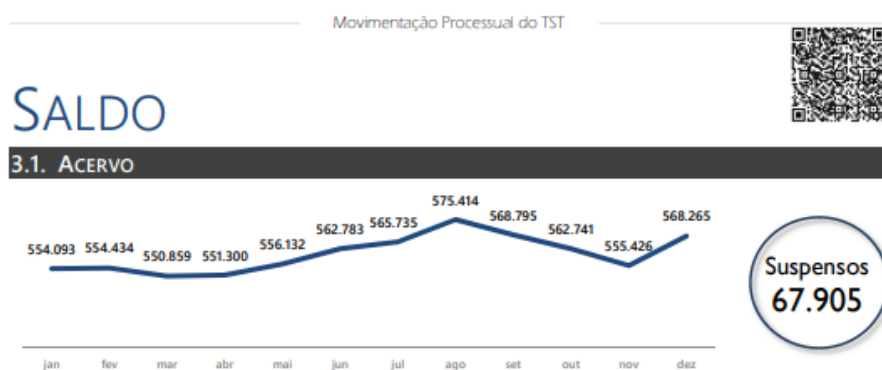
5. SUSPENSÃO DOS PROCESSOS

<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/146877/2018_tupinamba_carolina_incidente_re solucao.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 23 fev. 2022.

65 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23 fev. 2022.

66 Idem.

No relatório da Movimentação Processual do Tribunal Superior do Trabalho no ano de 2021, verificamos que temos um saldo residual de processos originários ou em grau recursal que totalizam 568.265 processos no Tribunal. Esse acervo “corresponde ao saldo residual de processos originários ou em grau recursal que não foram baixados, incluídos os processos suspensos”.⁶⁷



No que diz respeito aos processos suspensos, em dezembro de 2021 esse número chegou a 67.905 processos. Os “Processos Suspensos incluem processos aguardando decisão em Repercussão Geral ou em Recurso de Revista Repetitivo e outras situações de suspensão.”⁶⁸

Observa-se que o Tribunal Superior do Trabalho vem utilizando os mecanismos que a Lei traz para suspender processos. No que diz respeito ao IRDR, a suspensão ocorre da seguinte forma:

Ao admitir o IRDR, o relator irá suspender os processos pendentes, individuais ou coletivos que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso e poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias e intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias, conforme dispõe o artigo 982 do Código de Processo Civil.⁶⁹

⁶⁷Tribunal Superior do Trabalho. **Movimentação Processual Tribunal Superior do Trabalho Ano de 2021**. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/18640430/24361510/MP+2021.pdf/bb64b78e-a4f1-be10-318b-852a0c398472?t=1615569306077>> Acesso em: 02 mar. 2022.

⁶⁸Tribunal Superior do Trabalho. **Movimentação Processual Tribunal Superior do Trabalho Ano de 2021**. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/18640430/24361510/MP+2021.pdf/bb64b78e-a4f1-be10-318b-852a0c398472?t=1615569306077>> Acesso em: 02 mar. 2022.

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23 fev. 2022.

O prazo para julgamento do incidente é de 1 (um) ano, sendo esse o prazo da suspensão dos processos, em regra, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário, de acordo com o artigo 980 do Código de Processo Civil.⁷⁰

Patrícia Miranda Pizzol explica a partir de quando começa a suspensão. Vejamos:

A suspensão se dá a partir da publicação da decisão de admissibilidade do incidente na imprensa oficial e deve durar, a princípio, no máximo, um ano, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário. (Assim, pode o Tribunal prorrogar o prazo para julgamento do incidente). Esse é prazo previsto para julgamento do IRDR. Transcorrido o prazo, os processos que haviam sido suspensos voltarão a correr, ainda que possam vir a ser futuramente afetados pelo julgamento do incidente. **71**

A suspensão é pelo prazo de 1 (um) ano, salvo decisão do relator em sentido contrário. Mesmo com o fim da suspensão, os processos que versem sobre a mesma questão de direito do IRDR serão afetados pela sua decisão, visto que se trata de decisão vinculante.

Patrícia Miranda Pizzol afirma que:

as partes precisam ser intimadas em seus processos acerca da suspensão para que possam, querendo, insurgir-se contra essa decisão. Se a parte que teve seu processo suspenso não concordar com a suspensão por entender que a matéria discutida no processo é distinta do objeto do IRDR, poderá ela formular pedido de distinção, no juízo da causa, nos moldes do que ocorre no âmbito dos recursos repetitivos. Da mesma forma, cabe pedido da parte para que seu processo seja suspenso, caso o julgador tenha entendido ser a matéria diferente daquela sujeita ao incidente. Da decisão proferida pelo juiz ou pelo relator no tribunal cabe agravo de instrumento e agravo interno, respectivamente. **72**

Assim, com a instauração do IRDR, haverá a suspensão dos processos. As partes que tiveram seus processos suspensos mas que verificarem que essa suspensão foi indevida por se tratar de matéria distinta, poderão manifestar expondo os motivos e requerendo a continuidade do seu processo. Ademais, caso a parte verifique que o seu processo se trata

70 Idem.

71 PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela coletiva – processo coletivo e técnicas de padronização das decisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. 1ª edição.

72 Idem.

da mesma matéria objeto do IRDR mas que não foi aplicada a suspensão, poderá requerê-la.

Patrícia Miranda Pizzol nos ensina ainda que:

Vale registrar que a suspensão pode atingir apenas uma parte do processo. Assim, se o autor cumular pedidos e eles forem independentes entre si, instaurado incidente envolvendo questão relativa a apenas um dos pedidos, o processo ficará suspenso em relação a esse pedido e prosseguirá em relação ao outro, que poderá, inclusive, ser julgado, mediante aplicação do art. 356 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.⁷³

Com isso, a suspensão aplicada em decorrência do IRDR poderá ser parcial. Isso significa que a parte do processo que não é matéria do IRDR seguirá normalmente seu curso, podendo inclusive ser julgada.

Durante a suspensão o pedido de tutela de urgência deve ser dirigido ao juiz do processo (art. 982, § 2º, Código de Processo Civil).⁷⁴

6. PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DO INCIDENTE

Patrícia Miranda Pizzol leciona que:

O processamento do incidente se dá, em síntese, nos seguintes termos:

a) relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, que, em 15 dias, poderão juntar documentos e requerer diligências necessárias para a elucidação da controvérsia sobre a questão de direito; a participação daqueles que podem ser atingidos pela tese que será fixada no incidente, bem como a intervenção do amicus curiae encontra fundamento no princípio constitucional do contraditório e ampla defesa e é importante para tornar o incidente mais democrático;

73 PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela coletiva – processo coletivo e técnicas de padronização das decisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. 1ª edição.

74 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23 fev. 2022.

- b) poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que a prestação em 15 dias;
- c) em seguida, ouve o MP em 15 dias;
- d) na fase de instrução, poderá haver audiência pública, oitiva de depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento da matéria;
- e) concluídas as diligências, o incidente será encaminhado à mesa; e importante observar que, além da tese jurídica, deve haver a instrução para o julgamento do caso;
- f) no julgamento do incidente, haverá a exposição do objeto pelo relator, apresentação das razões pelo autor e pelo réu do processo originário e pelo MP, por 30 minutos, bem como dos demais interessados, também por 30 minutos, inscrição com 2 dias de antecedência (o prazo poderá ser ampliado considerando o número de inscritos).⁷⁵

Carolina Tupinambá explica que “o julgamento possui dois momentos distintos: o de admissão e o de fixação da tese jurídica. Salienta-se que a competência para ambas as etapas será sempre do Tribunal.”⁷⁶

Aluísio Gonçalves Mendes e Sofia Temer afirmam que: “O reconhecimento de força vinculante aos precedentes formados no incidente é pressuposto obrigatório para seu uso, consequência lógica da segurança jurídica, da racionalidade, da isonomia e da previsibilidade.”⁷⁷

⁷⁵ PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela coletiva – processo coletivo e técnicas de padronização das decisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. 1ª edição.

⁷⁶ TUPINAMBÁ, Carolina. **O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/146877/2018_tupinamba_carolina_incidente_resolucao.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 23 fev. 2022.

⁷⁷ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. **O incidente de Resolução de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil**. In: Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais/ coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador: Juspodivm, 2016.

Assim, a tese firmada é vinculante e deverá ser observada pelos julgadores nos casos da mesma questão de direito.

O acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários, conforme dispõe o art. 984, §2º do Código de Processo Civil.⁷⁸

De acordo com o artigo 985 do Código de Processo Civil, ao ser julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

- I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;
- II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal.⁷⁹

Caso não seja observado a tese adotada, o art. 985, §1º do Código de Processo Civil nos ensina que nesse caso caberá reclamação para o órgão que tiver julgado o IRDR.

7. REVISÃO DA TESE

Carolina Tupinambá nos ensina que:

O fato de a tese jurídica firmada em sede de IRDR ser vinculativa não significa que não possa ser modificada. Apesar de a estabilidade pretendida, é perfeitamente possível que a tese apresentada não mais se adeque às perspectivas e valores sociais, econômicos ou políticos, bem como não mais se apresente coerente com o próprio arcabouço normativo em vigor. Diante de tais circunstâncias, o mesmo tribunal, agindo de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, poderá promover revisão da tese jurídica estabelecida.⁸⁰

78 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23 fev. 2022.

79 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23 fev. 2022.

80 TUPINAMBÁ, Carolina. **O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO**. Disponível em:

De acordo com o art. 986 do Código de Processo Civil⁸¹, a revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

Com relação à legitimidade para o pedido de revisão, Patrícia Miranda Pizzol, nos ensina que:

A Lei não prevê a legitimidade das partes para o pedido de revisão. Mas pode se concluir que, como o tribunal pode, de ofício, proceder à revisão, nada impede que as partes peticionem ao tribunal justificando a necessidade de revisão. Da mesma forma, podem as partes provocar a Defensoria Pública e o Ministério Público para que eles requeiram a revisão.⁸²

Assim, apesar das partes não ter legitimidade para o pedido de revisão, podem peticionar ao tribunal justificando a necessidade da revisão e o Tribunal pode fazer de ofício. Podem ainda provocar o Ministério Público e a Defensoria Pública para que façam o pedido de revisão.

Conforme Patrícia Miranda Pizzol, a revisão da tese jurídica deve ser feita: “a) quando o entendimento vinculante for reconhecidamente errado; b) quando alterações ocorridas no plano da sociedade exigirem que se dê à lei interpretação diferente daquela que se vinha dando até então.”⁸³

Assim, verifica-se que a tese é vinculante mas pode ser modificada por meio da revisão.

8. INFORMAÇÕES DO SITE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Ao Consultar o site do Conselho Nacional de Justiça⁸⁴ verificamos que na Justiça do Trabalho a quantidade de IRDR é de 127, sendo que 3.583 processos foram sobrestados

<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/146877/2018_tupinamba_carolina_incidente_resolucao.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 23 fev. 2022.

81 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23 fev. 2022.

82 PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela coletiva – processo coletivo e técnicas de padronização das decisões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. 1ª edição.

83 PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela coletiva – processo coletivo e técnicas de padronização das decisões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. 1ª edição.

84 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios.** Disponível em:

e

6.034

julgados.



Quando colocamos o filtro de incidentes julgados, temos uma quantidade de 86 IRDR julgados, 2.516 processos que foram sobrestados e 5.455 processos julgados.⁸⁵



<https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qw_w_l/PainelCNJ.qw&host=QVS@neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos> Acesso em: 06 Mar. 2022.

85 Idem.

No que diz respeito aos IRDR pendentes, verificamos que atualmente temos 41, com 1.078 processos sobrestados e 581 julgados.86



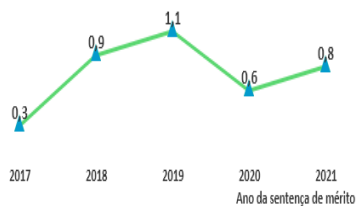
Ao consultar o site do Conselho Nacional de Justiça, colocando os filtros da Justiça do Trabalho e IRDR, verificamos que o tempo médio entre a admissão e a sentença de mérito no ano de 2017 foi de 3 meses, no ano de 2018 foi de 9 meses, no ano de 2019, foi de 1 ano e 1 mês, no ano de 2020 foi de 6 meses e no ano de 2021 foi de 8 meses. O tempo médio de julgamento dos incidentes é de 7 meses, e o tempo médio dos incidentes em tramitação é de 2 anos e 4 meses, conforme figura abaixo.87

86 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios.** Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAZfc/opendoc.htm?document=qvw_l/PainelCNJ.qvw&host=QVS@neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos> Acesso em: 06 Mar. 2022.

87 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios.** Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAZfc/opendoc.htm?document=qvw_l/PainelCNJ.qvw&host=QVS@neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos> Acesso em: 06 Mar. 2022.

Tempo médio entre a admissão e a sentença de mérito por ano



 Sobrestados por Justiça



■ Tempo médio dos Incidentes em tramitação
■ Tempo médio de julgamento dos Incidentes

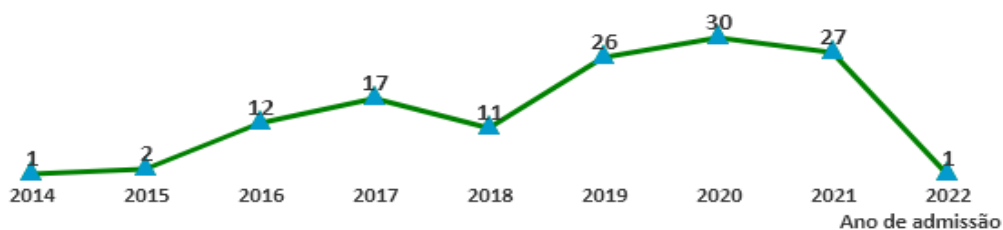


Filtros atuais

DR - Incidente tipo  IRDR - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
 DR - Processo Justiça  Justiça do Trabalho

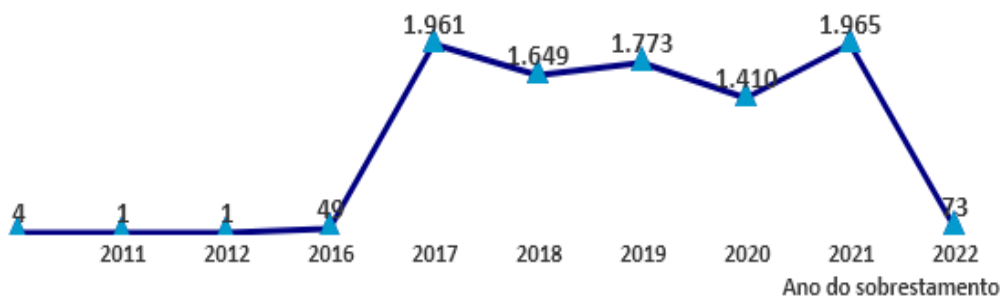
Por meio dos gráficos abaixo, que constam no site do Conselho Nacional de Justiça, podemos verificar o número de IRDR ingressados por ano, bem como o número de processos sobrestados, o número de incidentes julgados e ainda, o número de processos julgados que estavam suspensos.⁸⁸

Número de incidentes ingressados por ano

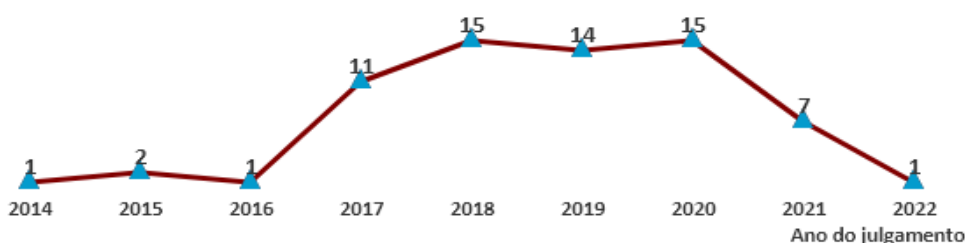


⁸⁸ Idem.

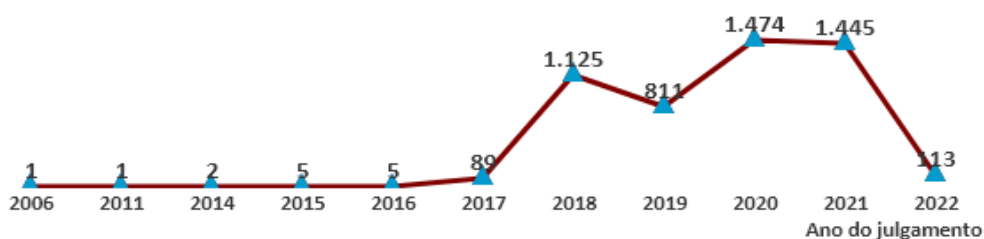
Número de processos sobrestados por ano



Número de incidentes julgados por ano (processos paradigmas)



Número de processos julgados por ano (sobrestados anterior...)



Ao analisar esses dados, verificamos o quanto é importante o IRDR, tendo em vista que, ao fixar uma tese jurídica a ser aplicada aos demais processos que tem matéria de direito comum, a justiça fica muito mais célere, e isso colabora para que tenhamos segurança jurídica, evitando decisões diferentes para a mesma questão.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho foi apresentado o número de novos processos na Justiça do Trabalho no ano de 2020 e 2021, demonstrando que temos partes e assuntos recorrentes.

Ao estudar sobre o IRDR verificamos que se trata de um mecanismo importante para ser utilizado em processos com questão de direito comum, visto que esse incidente traz a possibilidade de definição de uma tese jurídica a ser aplicada a vários processos. A finalidade é garantir a segurança jurídica, a celeridade e a isonomia.

Com relação ao órgão responsável pelo julgamento do IRDR, verificamos que isso vai depender do regimento interno de cada tribunal e que a decisão será vinculante no tribunal que firmou a tese. Caso o IRDR seja proposto no STJ ou STF, a tese é vinculante a todos os tribunais.

Verificamos que os legitimados para suscitar o IRDR não são os mesmos para o pedido de revisão da tese, visto que de acordo com a legislação as partes não têm a legitimidade para revisão.

Ao analisar os requisitos para instauração do IRDR, observamos que a lei traz a necessidade de serem cumulativos, devendo haver uma multiplicidade de demandas sobre a mesma questão de direito e risco de ofensa a isonomia e à segurança jurídica.

De acordo com a consulta realizada junto ao site do Tribunal Superior do Trabalho, verificamos que a suspensão de processos vem sendo utilizada pelo tribunal. Observamos que a lei preocupou-se em estabelecer um prazo limite para a suspensão desses processos, mas, como exceção, abriu a possibilidade de prorrogação desse prazo mediante decisão fundamentada do relator. Essa possibilidade é muito importante, visto que, quando tratamos de tese firmada no IRDR, ela será aplicada a diversos casos. Com isso, devem ser amplamente debatidos e analisados minuciosamente os fundamentos suscitados (favoráveis e contrários). Apesar da exceção, caso ela não seja utilizada e o julgamento não tenha sido realizado no prazo de 1 (um) ano, os processos que estavam suspensos voltarão a correr normalmente, mas nada impede que, após o julgamento do IRDR, a tese seja aplicada a esses processos.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23 fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios**. Disponível em:

<https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l/PainelCNJ.qvw&host=QVS@neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos> Acesso em: 06 Mar. 2022.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. **O incidente de Resolução de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil**. In: Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais/ coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador: Juspodivm, 2016.

PIMENTA, José Roberto Freire. “**O sistema dos precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no processo do trabalho**”, in Revista do TST, Brasília, vol. 82, abr/jun 2016.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela coletiva – processo coletivo e técnicas de padronização das decisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. 1ª edição.

Tribunal Superior do Trabalho. **Movimentação Processual Tribunal Superior do Trabalho** **Ano de 2021**. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/18640430/24361510/MP+2021.pdf/bb64b78e-a4f1-be10-318b-852a0c398472?t=1615569306077>> Acesso em: 02 mar. 2022.

Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados na Justiça do Trabalho**. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/recebidos-e-julgados>> Acesso em: 02 mar. 2022.

Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados na Justiça do Trabalho**. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/recebidos-e-julgados>> Acesso em: 02 mar. 2022.

Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados nas Varas**. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/vt/recebidos-e-julgados>> Acesso em: 02 mar. 2022.

Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados no TST**. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/recebidos-julgados>> Acesso em: 02 mar. 2022.

Tribunal Superior do Trabalho. **Recebidos e Julgados nos TRTs**. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/trt/recebidos-e-julgados>> Acesso em: 02 mar. 2022.

TUPINAMBÁ, Carolina. **O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO**. Disponível em:



<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/146877/2018_tupinamba_carolina_incidente_resolucao.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 23 fev. 2022.

OS DIREITOS QUE GARANTEM A INCLUSÃO DE CRIANÇAS E JOVENS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO DO AUTISMO (TEA) AO ENSINO REGULAR NAS ESCOLAS PÚBLICAS E PRIVADAS BRASILEIRAS

KELLEN FRANCISCA CARVALHO BECK:
Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Fametro.

RESUMO: O crescimento do número de pessoas com transtorno do Espectro do Autismo, nos últimos anos tem aumentado e gerado preocupações para com os pais e cuidadores de pessoas com (TEA); constatando assim, a necessidade de se buscar conhecimentos mais profundos e específicos acerca do assunto e garantir a população uma melhor qualidade de vida com mais informações relevantes a respeito dos seus direitos adquiridos. Por essa razão, surge de uma forma imprescindível, a necessidade de analisar os direitos que garantem a inclusão de crianças e jovens com Transtorno do Espectro do Autismo ao ensino regular nas escolas públicas e privadas brasileiras. No primeiro momento, este trabalho preconiza demonstrar o conceito do Transtorno do Espectro do Autismo, para qual importância de estudar o cumprimento das legislações que regem sobre os direitos a educação de ensino regular. Conseqüentemente, este trabalho se dispõe a descrever as dificuldades que os pais e cuidadores de crianças e jovens com TEA têm enfrentado diante do exposto ao acesso à educação de ensino regular e apresentar a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, como também as outras pesquisas que se voltam para esta área. Vale salientar que este trabalho na sua realização, baseia-se em análise argumentativa de doutrinas, estudos bibliográficos e análise do ordenamento jurídico brasileiro, com o propósito de favorecer para a discussão dessa fundamental questão.

PALAVRAS-CHAVE: Transtorno do Espectro do Autismo. Inclusão Social. Direitos. Ensino Regular.

ABSTRACT: The growth in the number of people with Autism Spectrum Disorder in recent years has increased and raised concerns for parents and caregivers of people with ASD; thus noting the need to seek deeper and more specific knowledge on the subject and guarantee the population a better quality of life with more relevant information about their acquired rights. For this reason, there is an essential need to analyze the rights that guarantee the inclusion of children and young people with Autism Spectrum Disorder to regular education in Brazilian public and private schools. At first, this work advocates demonstrating the concept of Autism Spectrum Disorder, for which importance of studying compliance with the laws that govern the rights to education in regular education. Consequently, this work aims to describe the difficulties that parents and caregivers of children and young people with ASD have faced in the face of access to regular education and present the National Policy for the Protection of the Rights of People with Autism

Spectrum Disorder, as well as other researches that focus on this area. It is worth mentioning that this work, in its realization, is based on argumentative analysis of doctrines, bibliographic studies and analysis of the Brazilian legal system, with the purpose of favoring the discussion of this fundamental question.

KEYWORDS: Autism Spectrum Disorder. Social inclusion. rights. Regular education.

1 INTRODUÇÃO

Fazer uma abordagem sobre o direito da pessoa com Transtorno do Espectro do Autismo (TEA) é de suma importância nos dias de hoje, tendo em vista que este número ao longo dos últimos 10 anos, têm aumentado, se fazendo necessário a melhoria no tratamento adequado e específico, que tendem a contribuir para o melhor desenvolvimento de cada indivíduo.

O propósito deste projeto deseja apresentar uma contribuição para entender como funciona esta inclusão nas escolas públicas e privadas de ensino regular, expondo de uma maneira simplificada ao que diz a respeito de se ter o conhecimento dos direitos que são garantidos a estas pessoas, analisando as principais medidas que contribuem para o bom funcionamento da lei.

A pesquisa inicial apresenta o atual cenário no que se refere as dificuldades que pais e cuidadores das pessoas com TEA tem enfrentado dentro das escolas de ensino regular, pública e privada, que vão desde o despreparo do corpo docente, a omissão em reconhecer que há falhas nesta inclusão, negligenciando os direitos ao acesso com qualidade à educação, a falta de planejamento e a capacitação dos profissionais de TEA, estes são os principais atributos que caracterizam e dificultam o bom funcionamento desta inclusão. No que tange a Lei 12.764/12, que estabelece o direito aos autistas de frequentar escolas de ensino regular, e havendo a necessidade, ser acompanhado por um profissional especialista para lhe auxiliar, constatando uma carência nessa parte pela ausência destes profissionais dentro das intuições, negligenciando o cumprimento da lei.

Fora utilizada no presente trabalho a metodologia de pesquisa baseada em análise argumentativa de doutrinas, estudos bibliográficos e documentais, trazendo análise e entendimento do ordenamento jurídico brasileiro, com o propósito de favorecer para a discussão dessa fundamental questão, a cerca de analisar os direitos que garantem a inclusão de crianças e jovens com Transtorno do Espectro do Autismo (TEA) ao ensino regular nas escolas públicas e privadas brasileiras, verificando cumprimento das legislações que regem sobre os direitos a educação, descrevendo as dificuldades que os pais e cuidadores tem enfrentado diante do exposto ao acesso à educação de ensino regular, a

luz da Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, como também as outras pesquisas que se voltam para esta área.

No primeiro momento, este trabalho preconiza demonstrar o conceito do Transtorno do Espectro do Autismo, fazendo uma breve abordagem sobre a existência ou não de prevenção, citando os sintomas mais relevantes que sugerem uma melhor investigação comportamental do indivíduo, expondo a importância de se ter um diagnóstico fechado ainda nos primeiros anos de vida e os tratamentos específicos que contribuem para o melhor desenvolvimento.

Por meio dessa exposição, posteriormente o segundo momento discute sobre a inclusão de crianças e jovens com TEA, ao ensino regular nas escolas públicas e privadas brasileiras, a luz da Lei 12.764/2012, tratando sobre o direito ao acesso do ensino regular, como também o direito ao professor auxiliar, mostrando o posicionamento do Poder Público diante da inclusão, e apresentando as medidas que fazem a lei funcionar. O último capítulo fora elaborado com o objetivo de abordar os problemas mais graves que os pais e cuidadores tem enfrentado nas escolas de ensino regular que dificultam a inclusão.

2 CONCEITO DE AUTISMO

O autismo é um transtorno do neurodesenvolvimento, não é doença, assim, existem outras causas específicas onde a Ciência não afirma o porquê do surgimento desta Síndrome em seres humanos, mas o que de fato afirma-se com propriedade nos dias de hoje é que o autismo não tem cura e sim intervenções que facilitam a pessoa com autismo a desenvolver e se tornar cada vez mais independente. Para Fernandes (2020, p. 22 apud Praça, 2011, p.26):

As causas para o autismo ainda são desconhecidas apesar de haver vários estudos e pesquisas na busca das mesmas, mas ela é identificada através dos sintomas e características que surgem ao longo do tempo. A maioria das crianças começa a mostrar sintomas de autismo entre 18 a 24 meses e os meninos são mais afetados pelo autismo do que as meninas. Numa proporção de uma menina para 4 meninos.

Podemos considerar também que "O Transtorno do Espectro Autista (TEA) é um distúrbio de desenvolvimento complexo que se caracteriza por déficits na comunicação oral e em habilidades para desenvolver, manter e compreender relacionamentos sociais" (BRAGA, 2019, p. 1)

Na ocasião da investigação de autismo os sintomas são avaliados pelo comportamento de cada indivíduo, até que o diagnóstico seja fechado por um profissional

da área, para que assim seja iniciado o tratamento específico. “O Transtorno do Espectro do Autismo, ou simplesmente TEA, pode (ou não) ser identificado por meio da observação, avaliação e análise do comportamento de um indivíduo, variando de um caso para outro.” (FARAH, 2021, P, 165).

Trazendo um conceito sobre o autismo que está exposto na obra literária de Fernandes (2020, p. 21 apud PALUSZNY, 1987), “o autismo é uma síndrome que possui como característica, a ausência de relações sociais, falta de habilidade comunicativas, comportamentos compulsivos persistentes a resistência à mudança.” A presença do atraso em algumas etapas no desenvolvimento inicial ainda na fase infantil, são um dos sintomas que geram motivo de investigação na parte comportamental do indivíduo, levando em consideração que não há exames específicos criados para detectar de uma forma clara a veracidade deste transtorno. Esta investigação deve ser feita por profissionais voltados para área que analisam toda a parte comportamental, baseado na anamnese realizada para recolher informações detalhadas sobre a gestação até o nascimento. Para Schwartz (2019):

Alguns autistas podem exibir em seu comportamento hiperatividade, agressões, impulsividade, irritabilidade, repetição de palavras e de ações. Como cada indivíduo é único e apresenta características personalíssimas torna-se um pouco difícil perceber um autista por características meramente comportamentais, já que na maioria das vezes as físicas são imperceptíveis.

Os especialistas na área afirmam que o quanto antes se obtém o diagnóstico de autismo e se inicia o tratamento, maior será a chance de tornar este indivíduo independente e com melhores resultados. Para Bandeira (2022, p. 06): “(...), é possível que a pessoa consiga caminhar dentro do espectro e conquistar habilidades novas cada dia, dentro das suas possibilidades”.

A falta de conhecimento sobre o assunto pode levar o autismo a ser confundido com outro tipo de transtorno, cabe aos profissionais da área fechar o diagnóstico o quanto antes da forma mais correta. A intervenção através do tratamento deve ser realizada o quanto antes para que se tenha bons resultados (FERNANDES, 2020).

“(...) segundo o Centro de Controle e Prevenção de Doenças dos Estados Unidos (CDC), nasce um autista para cada 59 crianças (2018)” (SCHWARTS; JULIUS, 2019, p. 03).

Segundo Fernandes (2020, p. 25 apud OMS, 2018):

A incidência do TEA no mundo é de 1 a cada 160 crianças, perfazendo um total de 0,625%. Se aplicarmos esse número à população

brasileira, que em 2019 é estimada em 210 milhões de habitantes, chegamos à conclusão de que o número estimado de portadores do TEA no Brasil é de 1.312.500 pessoas.

A falta de informações oficiais sobre o número de pessoas com TEA no Brasil, fora sancionada a Lei 13.861, que inclui o Transtorno do Espectro do Autismo no IBGE, sendo uma grande conquista para todos autistas e seus familiares, pois a partir de 2020 com estes dados atualizados as políticas públicas serão mais distribuídas em todo território brasileiro (FERNANDES, 2020).

2.1 Existe prevenção para o autismo?

Recentemente, acerca do assunto relacionado a prevenção do autismo, surge um novo procedimento que pode ser realizado por pessoas que estão projetando uma gravidez, contudo estão com algum receio e desejam se submeter aos exames genéticos. Para Carvalho (2020) define a possibilidade de prevenir o autismo da seguinte forma:

Quando o autismo está relacionado com uma doença monogênica, ou seja, que afeta um único gene, é possível realizar a prevenção. Para tanto é preciso conhecer variante genética patogênica em questão analisando o DNA da família de forma individualizada. Um exemplo dessa situação é a Síndrome do X Frágil. No entanto, a maioria dos casos do transtorno do espectro autista é de origem multifatorial, envolvendo mais de um gene, o que impossibilita o seu rastreamento através das técnicas disponíveis de diagnósticos genético do embrião.

A realização de testes genéticos antes da gravidez para detectar algum risco, pode funcionar para alguns tipos de doenças, mas para o autismo não (COSTA, 2020).

2.2 Sintomas mais relevantes que sugerem uma melhor investigação comportamental do indivíduo

Os sintomas do autismo se manifestam ainda na infância, podendo ter os seus sintomas mais acentuados com passar dos anos. É comum pais relatarem ausência de alguns sintomas até os primeiros três anos de vida, mesmo porque, na grande maioria das vezes, as famílias não possuem experiência no assunto e isto faz com que essa situação acabe passando despercebido aos olhos e desperdiçando o tempo que é de suma importância para evolução dessa criança. Por isso a importância de evidenciar sintomas e sugerir a investigação do caso.

A cerca dos sintomas mais relevantes que sugerem uma melhor investigação comportamental, Mello (2007) define da seguinte forma:

1. Dificuldade de comunicação – caracterizada pela dificuldade em utilizar com sentido todos os aspectos da comunicação verbal e não verbal. Isto inclui gestos, expressões faciais, linguagem corporal, ritmo e modulação na linguagem verbal.
2. Dificuldade de sociabilização – este é o ponto crucial no autismo, e o mais fácil de gerar falsas interpretações. Significa a dificuldade em relaciona-se com os outros, a incapacidade de compartilhar sentimentos, gostos e emoções e a dificuldade na discriminação entre diferentes pessoas.
3. Dificuldade no uso da imaginação – se caracteriza por rigidez e inflexibilidade e se estende às várias áreas do pensamento, linguagem e comportamento da criança. Isto pode ser exemplificado por comportamentos obsessivos e ritualísticos, compreensão literal da linguagem, falta de aceitação das mudanças e dificuldades em processos criativos.

Outro sintoma relevante que não pode deixar de ser mencionado é o de alterações de comportamento, como ação repetitiva de movimentos e fixação por objetos (RIBEIRO, 2022). Dentre estes sintomas de alterações de comportamento, Ribeiro (2022) define algumas características do autismo que podem ajudar no diagnóstico da seguinte forma:

Relacionamento interpessoal afetado; riso inapropriado; não olhar nos olhos; frieza emocional, poucas demonstrações de dor; gostar de brincar sempre com o mesmo brinquedo ou objeto; dificuldade em focar-se numa tarefa simples e concretizá-la; preferência por ficar só do que brincar com outra criança; não ter aparentemente, medo de situações perigosas; fica repetindo palavras ou frases em locais inapropriados; não responder quando é chamado pelo nome como se fosse surdo; acessos de raiva; dificuldade em expressar seus sentimentos com fala ou gestos.

Após a suspeita de autismo ter sido levantada na vida de algum indivíduo, a busca por mais informações pelo assunto e ter a convicção de que se faz necessário correr contra o tempo, em busca de um tratamento, fará toda diferença na vida da pessoa com autismo.

2.2.1 A importância de se ter um diagnóstico fechado ainda nos primeiros anos de vida

É relevante expor este assunto sobre o fechamento do diagnóstico ainda nos primeiros anos de vida, por saber que não há cura para o autismo, e sim tratamento

específico, que o quanto antes for inserido na vida da pessoa que está dentro do espectro, maior e melhor serão os resultados, trazendo mais segurança não somente para a criança mais como também para pais e cuidadores. Para Mello (2007 p. 24) "O diagnóstico precoce é importante para poder iniciar a intervenção educacional especializada o mais rapidamente possível".

A dificuldade do diagnóstico existe, em alguns casos, como escreveu na sua obra literária, Farah (2021):

Diante disso, a demora na conclusão do diagnóstico pode influenciar diretamente na eficácia do tratamento de TEA, uma vez que, quanto mais jovens os autistas iniciam as estimulações e aplicações de controle no comportamento, melhor será a reposta e mais rápido o autista poderá ser inserido na sociedade.

O diagnóstico é feito através de avaliações do quadro clínico, não existem exames específicos laboratoriais que sejam feitos para se detectar o autismo (MELLO, 2007). Estas avaliações devem ser realizadas e acompanhadas sempre por um profissional da área no decorrer do seu desenvolvimento, pois existem níveis de autismo e identificar o grau do mesmo facilita o tratamento. Farah (2021) resume os três níveis o transtorno da seguinte forma:

(...) sendo o primeiro considerado leve, o segundo moderado e o terceiro grave, podemos selecionar algumas características de cada um para compreender os graus. No nível 1 (leve), onde encaixa-se a Síndrome de Asperger, os indivíduos isolam se pouco, são mais estáveis, a comunicação verbal é diferenciada, precoce e formal, possuem pouca empatia, aspectos afetivos levemente diminuídos e têm interesses específicos na área de exatas, geralmente. Mesmo assim, a interação social é deficitária, prejudicando as relações interpessoais e o cumprimento automático das regras sociais. Por isso, o acompanhamento comportamental para condicionar essas pessoas às rotinas diárias, muitas vezes, é necessário. No nível 2 e 3 (moderado e grave) podem apresentar atraso motor, tanto para sentar desde a primeira infância até para caminhar, se estendendo a fase adulta.

Detectado o autismo, diagnóstico fechado e identificado o nível em que o indivíduo se encontra, as formas de tratamento que serão aplicadas terão bons resultados.

2.2.2 Tratamentos específicos que contribuem para o melhor desenvolvimento da pessoa com TEA

A busca pelo tratamento tem como objetivo oferecer ajuda que contribua no desenvolvimento comportamental, mantendo sempre a expectativa de que renda bons resultados, para que essa pessoa com autismo futuramente possa ter a maior parte dos seus sintomas tratados e uma boa qualidade de vida. Em alguns casos de TEA, dependendo do grau, será de suma importância, adotar a melhor forma que intervenha nestes sintomas a até mesmo, pelo acompanhamento de um profissional, fazer o uso de medicamentos que auxiliem nestes tratamentos, sempre receitado por um médico.

Mello (2007) define a intervenção e tratamento da seguinte forma:

(...) Devemos procurar antes possível desenvolver:

- A autonomia e a independência;
- A comunicação não verbal;
- Os aspectos sociais como imitação, aprender a esperar a vez e jogos em equipe;
- A flexibilização das tendências repetitivas;
- As habilidades cognitivas e acadêmicas.

Ao mesmo tempo é importante:

- Trabalhar na redução dos problemas de comportamento;
- Utilizar tratamento farmacológico se necessário;
- Que a família receba orientação e informação;
- Que os professores recebam assessoria e apoio necessários.

No tratamento de crianças e jovens com TEA mais utilizados são: o método TEACCH, que trata e educa na área da comunicação; como também o método ABA, que faz uma análise aplicada do comportamento; e o método PECS que é um sistema de comunicação feito através da troca de figuras.

Partindo deste ponto de vista, onde entendemos a relevância de intervir no desenvolvimento para obter bons resultados, e assim melhorar a qualidade de vida tanto para os que estão dentro do espectro do autismo quanto para os pais e cuidadores que tem enfrentado dias muito difíceis, percebeu-se a tamanha necessidade de acompanhar mais de perto estas famílias. De acordo com Schwartzman (2011, p.255):

Os pais afirmam, muitas vezes, que, como pais, não podem se permitir aguardar que um ou outro tratamento proposto demonstre a sua eficácia, pois, tendo em vista o grau de prejuízos do filho, não haveria tempo a perder. Muito embora essa posição seja perfeitamente compreensível, é importante que os familiares sejam alertados para os possíveis efeitos indesejáveis, muitas vezes desconhecidos ou pouco comentados, que podem acompanhar alguns desses procedimentos alternativos. Outro aspecto que merece ser discutido é que, por vezes, o tempo que perde seguindo-se um desses métodos poderia ser muito mais bem aproveitado em formas de tratamento mais convencionais, conhecidas e estudadas de formas criteriosas antes de serem sugeridas.

A equipe de profissionais da área juntamente com os pais e cuidadores, estudam o caso, de uma forma peculiar onde tentam identificar no autista o que lhe mais desperta interesse; o que mais atrai e retém a sua atenção. Quanto mais o ambiente for preparado para atendê-lo de uma maneira específica, cautelosa, respeitando os seus limites e o grau de cada autista, melhor será a sua adaptação com ambiente e melhores serão os resultados. Por isso a importância da intervenção na vida do autista e a busca em oferecer o tratamento que ele mais se identifica. O tratamento dos sintomas do autismo não produz a sua cura, porém melhora a comunicação, a concentração e diminui os movimentos repetitivos, com isso produz grandes benefícios para o autista e a sua família (Ribeiro, 2022).

Sobre o uso da medicação que auxilia no tratamento do TEA, Mello (2007) ressalta para seguinte situação:

(...) toda a medicação deve ser dada apenas se prescrita por um médico

Em segundo lugar, recomendamos à família que se informe com o médico sobre o que se espera da medicação adotada, qual o prazo esperado para poder perceber os efeitos colaterais da medicação.

Dependendo do grau do autismo, as terapias serão realizadas por toda vida. A equipe deve ser formada por médicos, fisioterapeuta, psicoterapeuta, terapeuta ocupacional e fonoaudiólogo. Sem esquecer dos cuidados com a alimentação e agregar outras atividades juntamente com as demais terapias, como a musicoterapia e a equoterapia, para melhores resultados (RIBEIRO, 2022).

3 A INCLUSÃO DE CRIANÇAS E JOVENS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO DO AUTISMO (TEA) AO ENSINO REGULAR NAS ESCOLAS PÚBLICAS E PRIVADAS BRASILEIRAS

O ensino regular é o mais indicado por profissionais para as pessoas que possuem o TEA, pois acredita-se que a convivência com pessoas neuro-típicas, pode acelerar o desenvolvimento deste autista e melhorar a sua socialização e interação com demais. Por esta razão, Mello (2007) faz uma abordagem sobre a inclusão:

Quando se pensa em termos de inclusão, é comum a ideia de simplesmente colocar uma criança que tem autismo em uma escola regular, esperando assim que ela comece a imitar as crianças normais, e não crianças iguais a ela ou crianças que apresentam quadro mais graves. Podemos dizer, inicialmente, que a criança com autismo, quando pequena, raramente imita outras crianças, passando a fazer isto apenas após começar a desenvolver a consciência dela mesma, isto é, quando começa a perceber relações de causa e efeito do ambiente em relação a suas próprias ações e vice-versa.

Algumas crianças que tem autismo podem demorar muito neste processo de aquisição da consciência sobre si próprio, e outras podem jamais vir a desenvolvê-la.

Um atendimento especializado, antes da inclusão numa escola regular, pode ajudar a criança a desenvolver a consciência de si mesma, preparando-a para utilizar-se de modelos, posteriormente.

O grau do autismo não pode ser usado como empecilho para impedir que uma criança e ou jovem ocupem umas das muitas vagas destinadas a outras crianças e jovens que tem o comportamento atípico.

Para Varella (2022) sobre a educação inclusiva no Brasil:

O propósito do movimento inclusivo é o de promover o potencial humano das pessoas independentemente da geração de benefícios econômicos, ou de outra ordem, ou da elevação dos índices de aproveitamento escolar. É também o de garantir a dignidade e os direitos humanos fundamentais a todos e qualquer cidadão, preservando a escola como um bem universal para todos. Aliás, a escola só é escola quando não exclui ninguém.

Schwartz (2019) define o ingresso de crianças com deficiência na rede regular de ensino da seguinte forma:

Citada, várias vezes e em leis distintas, o direito da criança com deficiência de ingressar/estar na “rede regular de ensino” deve ser considerado uma garantia constitucional! Assim, se esse direito for prejudicado, pode ser contestado judicialmente como descumprimento à Constituição Federal.

O acesso ao ensino regular nas escolas e a inclusão das crianças e jovens com TEA tem sido desafiador para os pais e cuidadores, por isso se faz necessário trazer informações relevantes a serem abordadas para o conhecimento de todos.

3.1 Como funciona a Lei 12.764/2012?

Esta Lei nasceu dentro de uma necessidade humana onde uma mãe em meio tamanha responsabilidade de cuidar do seu filho autista, com sentimento de desamparo, requerendo não apenas para o seu interesse próprio e sim para com os demais que também vivenciavam o autismo e precisavam serem acolhidos, amparados para terem os seus direitos garantidos; Berenice Piana, não somente mudou a sua história e do seu filho autista, com seu posicionamento diante da sua dificuldade, como também mudou a vida e a realidade de muitos brasileiros que necessitam fazer uso destes direitos.

No final de 2012 foi sancionada a Lei 12.764 de 2012, também conhecida como Lei Berenice Piana, válida em todo território nacional, que institui os direitos dos autistas e suas famílias em diversas esferas sociais (BANDEIRA, 2022). A mesma Lei, no seu Art. 1º, § 2º, diz que: “A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais”.

A chegada desta lei para muitos pais de pessoas com TEA foi como um alívio, pois proporcionou um norte acerca de muitos impedimentos que estas famílias vinham enfrentando ao longo dos anos. Não apenas pelo sofrimento de querer fazer algo e se sentir de braços atados, como também a oportunidade de ter o seu filho autista inserido numa escola, socializando e interagindo, fazendo parte de um grupo, e na ocasião, havendo a necessidade de um auxílio há mais que a atenção do professor em sala de aula, a lei também garante o direito desta pessoa com TEA, a receber ao acompanhamento de um professor auxiliar que tem o papel relevante na vida deste autista, pois este profissional é o responsável em mediar este aluno com professor, facilitando assim, não somente o seu entendimento e a sua compreensão para com conteúdo de cada disciplina, como também o seu relacionamento com ambiente e com as pessoas. Surge também a oportunidade de ser inserido ao ensino profissionalizante, aumentando as chances de ter a pessoa com TEA apta ao mercado de trabalho.

A Lei não se preocupa com autista apenas na infância, mas também na sua trajetória até a fase adulta, e com a sua inclusão na sociedade, independente da sua diferença e grau de dificuldade (FERNANDES, 2020).

3.2 Do direito ao acesso do ensino regular

Apenas matricular uma criança ou jovem com TEA no ensino regular não caracteriza uma “inclusão”. Sabemos que a inclusão vai muito além disso, se faz necessário capacitar os profissionais, preparar o local onde este autista será inserido e manter as pessoas do seu convívio neste espaço, muito bem informadas sobre o assunto. Todos com o mesmo objetivo, em compreender que na inclusão não é o autista que tem que se adaptar ao ambiente e sim o ambiente que deve se adaptar ao autista, promovendo assim mais confiança e bem estar na vida do autista.

No ponto de vista de Venâncio (2016, p. 03): “Acredito que o nosso papel é educar as crianças, todas elas, sem justificativa. O profissional deve superar os seus medos e se preparar para receber essas crianças”.

Os autistas têm o direito a matrícula na rede regular de ensino, conforme escreveu Braga (2019) sobre a Lei 12.764/2012 da seguinte forma:

Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, que foi instituída com a Lei 12.764/2012, a qual também é conhecida como – Lei Berenice Piana – que assegura o acesso à educação para as pessoas com Transtorno do Espectro Autista e ainda infere no Art. 7º: “O gestor escolar, ou autoridade competente, que recusar a matrícula de aluno com transtorno do espectro autista, ou qualquer outro tipo de deficiência, será punido com multa de 3 (três) a 20 (vinte) salários-mínimos”.

Pode-se dizer que os motivos para não aceitação de alunos com TEA são inúmeros, grande parte deles fundamentados no despreparo das escolas em recebê-los (VENÂNCIO, 2016). De acordo escreveu Leite (2019) sobre os direitos da pessoa com deficiência:

Dentre os principais precursores, que buscaram reconhecer os direitos da pessoa com deficiência, está a Constituição Federal de 1988, que em seu diploma legal, define, como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana em todas as suas acepções (BRASIL, 1988). Logo, por se tratar de um fundamento, a dignidade da pessoa humana não se traduz em uma norma restrita a constituição, mas, sim que a criação de normas infraconstitucionais,

que visem resguardar direitos, como base no fundamento retro mencionado, não somente podem, mas devem ser criadas por todos de forma indistinta.

Remover o autista da escola alegando que o ensino regular é inviável por conta da sua situação, isto é uma grande falha no sistema e precisa ser reavaliado. O descumprimento destas medidas que dão acesso do autista e tentem impedi-lo a ser inserido ao ensino regular, devem ser denunciadas, podendo até ser autuada e sofrer as devidas penalidades

3.3 Do direito ao professor auxiliar para o portador de TEA

Existem casos de crianças e jovens com TEA, dependendo do grau de autismo, que requer mais cuidado e atenção, necessitando assim de um acompanhamento especializado; ou seja, de um professor auxiliar para acompanhá-lo dentro de sala de aula. Para Furlanetto (2020): "Lei nº 9.364/96, prevê a figura do profissional especializado e capacitado para integração do deficiente nas classes comuns, expresso em seu artigo 59, inciso III". Podemos considerar também a Lei 12.764/2012, em seu artigo 3º, parágrafo único: "Em casos de comprovada necessidade, a pessoa com transtorno do espectro autista incluída nas classes comuns de ensino regular, nos termos do inciso IV do art. 2º, terá direito a acompanhante especializado." O propósito do professor auxiliar é facilitar a inclusão da pessoa com TEA no ensino regular, usando estratégias que colaborem para sua interação e socialização, não podendo ser confundido como privilégio e sim o cumprimento dos seus direitos (FARAH, 2021).

3.4 O Poder Público diante da inclusão

O auxílio do Poder Público para as famílias mais humildes é fundamental, pois todos merecem um tratamento digno e de qualidade, diante da dificuldade do autismo. É necessário se colocar no lugar dessas famílias, que não tem acesso aos médicos e nem aos tratamentos específicos que são de suma importância na vida do autista. Estas famílias necessitam de apoio, tanto na área da saúde quanto na educação, onde em muitos casos é constituída apenas pela mãe e sem recursos financeiros, e também existem casos onde há mais de um autista na mesma família, tornando ainda mais difícil a realidade de receber os tratamentos e acompanhamentos específicos. Para isso se faz necessário as políticas públicas que possa ofertar os tratamentos específicos para o autismo no Sistema Único de Saúde (DIEHL, 2022).

3.5 Medidas que fazem a Lei funcionar

Existe algumas medidas que auxiliam no funcionamento da Lei. Dentre elas as principais são: garantir os tratamentos pelo Estado e planos de saúde; quando na

realidade, muitos pais precisam entrar na justiça para conseguir as terapias. Ter a política de saúde focada em diagnóstico precoce, não apenas para pessoas que tem condições financeiras para pagar, a lei garante e isto tem que fazer parte da saúde pública; e as escolas com ensino especializado (BUSSADE, 2020).

4 CONCLUSÃO

A quantidade de pais e cuidadores insatisfeitos com a qualidade do ensino regular no que se referem às pessoas com TEA, tanto nas escolas públicas quanto privadas, vem crescendo todos os dias. É notável o despreparo de alguns profissionais para com este tipo de situação, e o mais insatisfatório disso tudo, é a falta de interesse de alguns, onde a sua função é inserir aquele que apresenta dificuldades em se relacionar com outras pessoas. Não nos referimos apenas ao serviço público, mas como também, e principalmente, o privado. Na grande maioria, não cumpre com as suas obrigações, e tão pouco qualificam os seus profissionais para área. Há muitos relatos de que fazem pouco caso desta questão, e até chegam a não cumprir o que de fato a Lei 12.764/12, ampara. A Lei existe e deve ser válida não somente para os autistas de grau leve mas como também para os de grau severo, independente das condições socioeconômicas de cada indivíduo.

Uma das principais reclamações dos pais e cuidadores de jovens e crianças autistas é que muitas escolas de ensino regular negam a aceitar mais de uma pessoa com qualquer tipo de deficiência na mesma sala. Alegam que há apenas um profissional e que o mesmo não tem condições de atender a demanda; por este motivo fica inviável para a escola receber mais de uma pessoa com deficiência na mesma sala de aula. Outra situação que mais se repetem é a existência de escolas públicas e privadas que não disponibilizam profissionais que ofereçam serviço de mediação entre aluno e professor e que em alguns casos, esse custo fica por conta dos pais e cuidadores em arcar com mais esta despesa.

As escolas de ensino regular precisam se voltar mais para esta situação, sendo totalmente conscientes sobre o desempenho da equipe de profissionais que fazem parte do corpo docente, se estão aptos e voltados para atender as necessidades desta demanda, reconhecendo quando há falhas e ou falta de capacitação dos seus profissionais, oferecendo recursos que proporcionem aos mesmos, mais qualificações, onde possam ter um nível de entendimento mais amplo, melhorando e os aperfeiçoando cada vez mais, com intuito de terem mais tato com as crianças e jovens portadores de TEA, e principalmente, serem mais solidários para com aqueles que tanto se preocupam e querem apenas que os seus filhos tenham a oportunidade de frequentar uma escola e ter o direito ao ensino regular. Deste modo, concluir-se que é dever, tanto das escolas privadas e públicas, em fornecer um ambiente adaptado, dispondo de professores auxiliares capacitados de forma compartilhada ou individual, para os alunos portadores de TEA,

promovendo assim a adaptação integral do aluno e não apenas a inclusão superficial de rede regular de ensino.

5 REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Gabriele. Autismo tem cura? É possível sair do espectro?: O que é autismo e como identificar os sinais em crianças?. [S. /], 19 jan. 2022. Disponível em: <https://genialcare.com.br/blog/autismo-tem-cura/>. Acesso em: 3 jun. 2022.

BRAGA, Paola Gianotto. Cartilha transtorno do espectro autista. Mato Grosso do Sul, 2019.

BUSSADE, Andréa. Autismo no Brasil: 5 medidas para fazer a lei funcionar!: Garantir os tratamentos pelo Estado e planos de saúde. [S. /], 30 jun. 2020. Disponível em: <https://www.autismoemdia.com.br/blog/autismo-no-brasil-5-medidas-para-fazer-a-lei-funcionar/>. Acesso em: 27 out. 2022.

CARVALHO, Cristina. Autismo: É possível prevenir com FIV?: Como é feita a prevenção da Síndrome do X Frágil?. [S. /], 24 out. 2020. Disponível em: <https://www.igenomix.com.br/blog/autismo-e-possivel-prevenir-com-fiv/>. Acesso em: 27 out. 2022.

COSTA, Marcelle. Tem como prevenir o autismo?: Medidas gerais para prevenção de doenças. [S. /], 3 abr. 2020. Disponível em: <https://educamais.com/prevencao-autismo/>. Acesso em: 3 jun. 2022.

DIEHL, Kenya. Atuação do poder público é essencial para atendimento de pessoas autistas: Garantia dos direitos fundamentais. [S. /], 1 jul. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/atuacao-do-poder-publico-e-essencial-para-atendimento-de-autistas-apontam-ativistas/>. Acesso em: 27 out. 2022.

FARAH, Fabiana. AUTISMO: - os direitos - A realidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

FERNANDES, Pablo Vaiano Mauad. AUTISMO E DIREITO: Dos direitos e garantias das pessoas com Transtorno Espectro Autista no Ordenamento Jurídico Brasileiro. São Paulo, 2020.

FURLANETTO, Lais. Do direito ao professor auxiliar para portador de Transtorno de Espectro Autista: Do direito ao professor auxiliar. [S. /], 2020. Disponível em: <https://laisfurlanetto.jusbrasil.com.br/artigos/870316873/do-direito-ao-professor-auxiliar-para-o-portador-de-transtorno-de-espectro-autista/amp>. Acesso em: 3 jun. 2022.

LEITE, Rubenildo. A importância da Lei 12.764 para a efetivação do direito à educação da criança autista: A educação especial como direito fundamental. [S. /], 6 dez. 2019.

Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53921/a-importancia-da-lei-12-764-para-a-efetivao-do-direito-educacao-da-criana-autista>. Acesso em: 3 jun. 2022.

MELLO, Ana Maria S. Ros de. Autismo: guia prático. Brasília, 2007.

RIBEIRO, Sani. . *In*: Principais tratamentos para autismo: e como cuidar da criança. [S. /], 1 maio 2022. Disponível em: <https://www.tuasaude.com/tratamento-do-autismo/>. Acesso em: 27 out. 2022.

SCHWARTZ, J. E. Manual do Direito Autista: Principais direitos das pessoas com Transtorno do Espectro Autista - TEA, de acordo com a Legislação Brasileira. Maceió, 2019.

SCHWARTZMAN, J. S.; ARAÚJO, C. DE A. Transtornos do Espectro do Autismo. São Paulo: Memnon, Edições Científicas, 2011.

VARELLA, Camilla. Direitos das pessoas com autismo e outras deficiências. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

VENÂNCIO, Ana. Crianças com autismo tem direito à escola regular: A inclusão de meninos e meninas diagnosticadas com TEA nas instituições de ensino regulares já é lei. Apesar disso, o despreparo de alguns educadores em recebê-las é evidente. [S. /], 16 ago. 2016. Disponível em: <https://pequenoprincipe.org.br/noticia/crianca-autista-tem-direito-escola-regular/> Acesso em: 3 jun. 2022.

POR UMA LEI GERAL NACIONAL DOS CONCURSOS PÚBLICOS.

ANDRÉ DOS SANTOS LUZ: Pós-graduado pela FGV-SP e pela Faculdade Legale-SP advogado concursado de sociedade de economia mista municipal

No Brasil, com razão, há muitas críticas acerca do excesso de leis. Há lei pra tudo ficando cada dia mais difícil saber quais são os nossos direitos e deveres. Por outro lado, é curioso que mesmo com tal inchaço legislativo ainda faltem leis para regular temas importantes da vida nacional.

E um desses temas diz respeito ao concurso público, pois, não temos ainda uma lei geral nacional⁸⁹ estabelecendo quais são os direitos e as obrigações daqueles que se submetem a um concurso público. Muitas das regras previstas atualmente são fruto da jurisprudência dos Tribunais Superiores, notadamente, do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Ocorre que, recentemente, dois⁹⁰ grandes concursos (Polícia Civil dos Estados da Bahia e do Paraná) tiveram suas provas suspensas sendo que num deles (Polícia Civil do Paraná) a suspensão só foi comunicada aos candidatos horas antes da prova começar. Daí que surgem os questionamentos: quais os direitos desses candidatos que, muitas vezes, vieram de longe para fazer a prova? Cabe algum tipo de indenização a título de dano moral e/ou material?

É evidente que dentre os milhares de inscritos alguém tenha se sentido lesado e queira bater às portas do Poder Judiciário a fim de obter algum tipo de ressarcimento. E, neste caso, a falta de uma legislação nacional prevendo hipóteses como esta pode levar a decisões conflitantes dos Tribunais o que, por certo, desprestigia a segurança jurídica.

⁸⁹Falamos em legislação nacional sem desconhecer, por exemplo, a existência da Lei Distrital nº 4.949, de 15/10/2012, que estabelece normas gerais para realização de concurso público pela administração direta, autárquica e fundacional do Distrito Federal.

⁹⁰Estamos nos referindo ao concurso público da Polícia Civil do Estado do Paraná - <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2021/02/22/concurso-policia-civil-do-parana-entenda-o-que-levou-a-suspensao-da-prova-e-quais-as-consequencias-da-decisao.ghtml> - e ao concurso público da Polícia Civil do Estado da Bahia - <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2022/07/30/apos-suspensao-por-confusao-na-aplicacao-de-provas-concurso-para-delegado-de-policia-civil-da-bahia-tem-nova-data-divulgada.ghtml>.

Com efeito, ao menos em tese, juízos diferentes podem entender, por exemplo, pela (in)existência de dano moral: um juízo pode decidir que há dano moral⁹¹ e outro concluir que não há dano moral, ou seja, que é caso de mero aborrecimento.

A Constituição Federal prevê que o Estado responde pelos danos causados aos particulares cabendo eventual direito de regresso em face do causador do dano. É o que consta expressamente do artigo 37, § 6º da CF segundo o qual *“as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”*. É com base principalmente neste dispositivo constitucional que os candidatos que se sentem lesados acionam o Poder Judiciário.

O STF já tem jurisprudência firmada acerca da responsabilidade civil do Estado no que diz respeito a cancelamento de concurso por indício de fraude. No julgamento do RE nº 662.405/AL92, relatado pelo Ministro Luiz Fux, o Tribunal decidiu que *“o Estado responde subsidiariamente por danos materiais causados a candidatos em concurso público organizado por pessoa jurídica de direito privado (art. 37, § 6º, da CRFB/88), quando os exames são cancelados por indícios de fraude”*.

Mas é preciso ter muita cautela ao analisar este precedente tendo em vista todas as peculiaridades envolvidas nele sendo a principal delas a questão da fraude, ou seja, o que o STF decidiu é que há responsabilidade civil subsidiária – não direta – do Estado quando o concurso é cancelado por suspeita de ter havido indício de fraude na condução do certame.

E mais: a responsabilidade se dá apenas naquilo que toca aos danos materiais (ex: despesas com hospedagem e alimentação devidamente comprovadas por quem não reside na mesma cidade onde a prova é realizada).

É isso que consta expressamente da ementa do acórdão: *“(...) 4. O cancelamento de provas de concurso público em virtude de indícios de fraude gera a responsabilidade direta da entidade privada organizadora do certame de restituir aos candidatos as despesas com taxa de inscrição e deslocamento para cidades diversas*

⁹¹No caso específico do concurso da Polícia Civil do Paraná um candidato ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais em face da Universidade Federal do Paraná. Ao analisar a questão, o juízo decidiu pela procedência dos pedidos. Em grau de recurso, a Turma Recursal deu parcial provimento ao recurso interposto reconhecendo apenas a existência de dano material. (Processo nº: 5011150-55.2021.4.04.7000).

⁹² Recurso Extraordinário nº 662.405/AL, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, j. 29.06.2020.

daquelas em que mantenham domicílio. Ao Estado, cabe somente a responsabilidade subsidiária, no caso de a instituição organizadora do certame se tornar insolvente. (...)93”.

Já no que diz respeito aos pedidos de dano moral a jurisprudência se inclina no sentido de entender que o cancelamento de prova de concurso é mero aborrecimento a que todo candidato está sujeito a passar.

No caso dantes citado envolvendo a Polícia Civil do Paraná colhe-se do acórdão da Turma Recursal a seguinte passagem *“(...) os transtornos e aborrecimentos decorrentes do adiamento da prova, ainda que implicassem deslocamento entre cidades, não podem ser comparados às situações de profundo desgosto que geram abalo moral indenizável94”.*

E no mesmo acórdão há citação de outros julgados em sentido idêntico valendo a pena destacar o seguinte:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANCELAMENTO. DANOS MATERIAIS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA. 1. O sentimento de frustração e insatisfação em virtude do fato ocorrido não gera a pretendida indenização por dano moral, fazendo jus a candidata somente ao ressarcimento das despesas realizadas em razão do concurso anulado (TRF4, AC 5006225-56.2011.4.04.7100, 4ª Turma, Rel.: Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle. Julgado em 21.10.2014)”.

No nosso entendimento seria prudente que uma lei geral nacional de concursos públicos previsse expressamente o cabimento de danos morais e/ou materiais sempre que houvesse anulação do concurso o que, por certo, causa prejuízo das mais variadas ordens para todos aqueles que se submetem a tais certames. Danos estes que não são, segundo pensamos, apenas de ordem material, mas também, moral.

Concurso público no Brasil é projeto de médio a longo prazo. Envolve, além de recursos financeiros, expectativas, sonhos, projetos de vida. Muitas vezes os candidatos se preparam com anos de antecedência para aquela prova específica. Entender genericamente que o cancelamento do concurso não gera dano moral nos parece inadequado.

93 Recurso Extraordinário nº 662.405/AL, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, j. 29.06.2020.

94 Recurso Cível nº: 5011150-55.2021.4.04.7000/PR. 1ª Turma Recursal do Paraná. Relator: Juiz Federal Vilian Bollmann. Julgado em 20.09.2021.

E analisando o texto do projeto de lei nº 252/200395, aprovado esta semana na Câmara dos Deputados e enviado ao Senado Federal, nota-se que as questões acima mencionadas até são tratadas no texto, todavia, de maneira muito vaga e genérica.

Com efeito, o texto fala que todos os atos relativos ao concurso público são passíveis de exame e decisão judicial, especialmente, dentre outros, os que configurem lesão ou ameaça de lesão a direito do candidato (art. 4º, inciso II) e diz também que o cancelamento de concurso público com edital já publicado exige fundamentação objetiva, expressa e razoável, amplamente divulgada, e sujeita o órgão responsável a indenização por prejuízos comprovadamente causados aos candidatos (art. 8º).

Como o projeto de lei foi enviado ao Senado Federal, esperamos que lá ele seja aperfeiçoado e a questão envolvendo os danos morais e materiais no caso de cancelamento do concurso seja mais detalhada. O tempo dirá se é isso que acontecerá.

95 <https://www.camara.leg.br/noticias/901670-plenario-aprova-proposta-que-cria-norma-geral-para-concursos-publicos-acompanhe/> Acesso em 06.08.2022.

REFLEXÕES SOBRE A LEI N.º 11.645/08 A PARTIR DA CONCEPÇÃO DE DOCENTES DE UMA ESCOLA MUNICIPAL DE IMPERATRIZ - MA

DANYELE BEZERRA DOS SANTOS:
Acadêmica do Curso de Bacharelado em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA).

LUCAS LUCENA OLIVEIRA⁹⁶

(orientador)

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo refletir sobre a Lei n.º 11.645/08 que, sancionada há mais de uma década, vem colaborar para discussões de combate ao racismo, uma vez que se trata de um problema social. Sabe-se que o preconceito racial passou a ser crime e o cidadão pode responder penalmente, porém, o racismo poderia ser evitado caso fosse melhor debatido esta questão nas instituições de ensino. A partir do momento que se conhece profundamente a cultura negra na construção do país, pode-se respeitar ainda mais o negro. Como aspectos metodológicos, destacam-se a utilização da pesquisa bibliográfica por meio de livros e artigos de autores renomados e especialistas na temática e da pesquisa de campo e coleta de dados a partir de roda de conversa com docentes de uma escola municipal de Imperatriz-MA. Após a pesquisa, constatou-se que mesmo a sociedade brasileira sabendo da importância de combater a exclusão social e as desigualdades, precisa-se ainda entender porque o racismo ainda existe no Brasil e a necessidade de discutí-lo, visando o combate de forma efetiva. Desta forma, a desigualdade racial, bem como, qualquer situação injustificada em que existam diferenças de acesso às oportunidades por causa de cor ou etnia deve ser extinta.

Palavras-chave: Racismo. Lei n.º. 11.645/08. Sociedade brasileira.

ABSTRACT: The general objective of this work is to reflect on Law no. Prejudice is known to be the crime and the citizen can be, however, what could respond to being criminally the best case of racial education this institution in institutions? From the moment the black culture is deeply known in the construction of the country, it is possible to respect black people even more. As methods, we highlight the use of literature by renowned authors of

96 Advogado. Mestre em Educação pela Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão - UNISULMA. Membro do Corpo Docente da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão - UNISULMA. Vinculado ao Programa de Pós-graduação em Formação Docente em Práticas Educativas na linha de pesquisa Pluriculturalidade, Interculturalidade e Práticas Educativas Interdisciplinares da Universidade Federal do Maranhão - UFMA.

research and specialized articles and articles on the subject and field research and data collection from conversation circles with teachers from a municipal research school Imperariz-MA. After the research, it is researched that it still exists in Brazil, and the need to discuss, the fight in an effective way. In this way, racial inequality, as well as any unjustified situation in which differences in access to opportunities because of color or ethnicity must be eliminated.

Keywords: Racism. Law 11.645/08. Brazilian society.

1.INTRODUÇÃO

“Enquanto a cor da pele for mais importante que o brilho dos olhos, haverá guerra”.

Bob Marley

Sabe-se que o Brasil é um país de grande dimensão territorial e enorme densidade demográfica. Sua população foi miscigenada por diferentes povos, com várias culturas. Desta forma, todos contribuíram para o crescimento e progresso da nação. No entanto, o desrespeito e a falta de aceitação por parte de alguns, faz com que surjam situações preconceituosas, como o racismo, que é crime.

É relevante mencionar que, a Lei n.º 11.645/08 atualizou a Lei n.º 10.639/2003, foi sancionada no governo do ex-presidente Luíz Inácio Lula da Silva, é um instrumento de sensibilização para necessidade de combater o racismo na sociedade.

O exercício da Lei n.º Lei n.º 11.645/08 visa construir uma posição antirracista, sua inclusão na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional é divulgar e produzir posturas antirracistas e conhecimentos capazes de educar cidadãos que respeitem e valorizem a identidade cultural afro-brasileira e indígena, aqui em destaque, a afro-brasileira na nossa formação identitária.

Tomando como ponto de partida para a pesquisa, a observação da educação antirracista a partir da Lei n.º 11.645/08 que tornou obrigatório o ensino da História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena nas redes de ensino brasileira, permitindo e possibilitando a necessidade de investigar a percepção dos docentes diante da prática do racismo.

Nessa perspectiva, a metodologia deste estudo se deu com pesquisa bibliográfica por meio de leituras de livros e artigos de autores renomados sobre a temática. E a pesquisa de campo e a coleta de dados foi realizada numa escola municipal de Imperatriz por meio de roda de conversa, onde os docentes relataram sobre suas vivências em sala

de aula à luz da Lei nº 11.645/08 no processo ensino-aprendizagem. As discussões e o estudo fizeram parte de umas das etapas de reelaboração do Projeto Político Pedagógico da escola, mas precisamente do marco situacional. A presente pesquisa mantém o anonimato da escola em lócus e dos docentes (1, 2 e 3).

O trabalho apresenta a seguinte problemática: É possível combater o racismo a partir da Lei n.º 11.645/08? Por meio desse questionamento, pretende-se evidenciar que, a escola, um dos primeiros grupos sociais no qual o cidadão faz parte, torna-se um local essencial para que seja trabalhada a educação antirracista, possibilitando o respeito à diversidade racial e a individualidade, onde não exista diferenças de cor ou etnia, como já aponta o art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

O presente trabalho encontra-se estruturado em 03 (três) seções. A primeira seção trata dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira, a segunda seção do significado dos direitos fundamentais e a terceira seção discorre sobre a Lei nº 11.645/08 e seus reflexos no combate ao racismo, encerrando-se com a apresentação das conclusões adquiridas ao longo deste trabalho.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Na medida em que o estudo é prioritariamente sentado nos direitos fundamentais, na Constituição Pátria, importa tecer considerações sobre a posição ocupada pelos direitos fundamentais na Carta de 1988, ainda que em caráter sumário. Nesse mesmo contexto, retrata-se uma breve resenha dos aspectos positivos mais importantes com os quais nos deparamos ao proceder a uma primeira leitura da nossa lei fundamental e no que diz respeito aos direitos fundamentais.

Elaborando uma comparação entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, destaca-se que, todo conteúdo da matéria foi tratado com a merecida relevância.

No que concerne ao processo de elaboração da Constituição de 1988, a que faz referência, por sua vinculação com a formação do catálogo dos direitos fundamentais a nova ordem constitucional, a circunstância de que esta foi resultado de um processo de discussão oportunizado com a redemocratização do país após mais de vinte anos de ditadura militar. Em que pesem todos os argumentos esgrimidos impugnando a legitimidade do processo constituinte deflagrado no governo José Sarney, não resta dúvidas de que as eleições livres que resultaram na instalação da Assembleia Nacional Constituinte, em 1 de fevereiro de 1987, propiciaram um debate sem precedentes na história nacional sobre o que viria a ser o conteúdo

da Constituição vigente, na redação final que lhe deu o constituinte (SARLET, 2009, p.63).

As características conferidas à Constituição de 1988 podem ser consideradas como siglas ao título dos direitos fundamentais, não meramente seu caráter analítico e seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente. Com efeito, é preciso reconhecer que, em face do seu grande número de dispositivos legais - 250 artigos e 120 disposições transitórias. Sarlet (2009, p.75) afirma: "a Constituição de 1988 se enquadra nas denominadas constituições analíticas, das Constituições de Portugal (296 artigos) e da Índia (395 artigos)".

Esta evidência analítica reflete-se também no título II (dos direitos e garantias fundamentais), que contém ao todo 13 artigos, 27 parágrafos e 156 incisos, sem fazer referência aos diversos direitos fundamentais dispersos pelo restante do texto constitucional. Nesta situação, salienta-se que o procedimento analítico da constituinte expressa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar reivindicações e conquistas.

O pluralismo da Constituição advém basicamente do seu caráter marcadamente compromissário, já que o constituinte, na redação final dada ao texto, optou por acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultantes das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo constituinte. Também a marca do pluralismo se aplica ao título dos direitos fundamentais, do que dá conta à reunião de dispositivos reconhecendo uma grande gama de direitos sociais, ao lado dos clássicos, e de diversos novos direitos de liberdade, direitos políticos, etc. (ROMITA, 1988, p.70).

Por outro lado, lembra-se na Constituição vigente sua relevância pragmática e as reformas ocorridas que resultam do grande número e disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa estabelecendo programas, imposições e diretrizes a serem implementados e assegurados pelos poderes públicos.

Os direitos fundamentais, diante do que descreve o artigo 5º, parágrafo 1º que prevê a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, não há como negar a existência de elementos pragmáticos. Outro ponto importante que diz respeito aos direitos fundamentais na nossa Carta Magna explica o fato de ter sido "precedida de período marcado por forte dose de autoritarismo que caracterizou em maior ou menor escala a ditadura militar que vigorou no país por 21 anos" (SARLET, 1999, p. 113).

A intensidade do catálogo dos direitos fundamentais, aumentando de forma sem precedentes o elenco dos direitos protegidos, é um atributo predominantemente positivo e digno de referência. Somente para exemplificar o artigo 5º possui 79 incisos e o artigo 7º consagra em seus 34 incisos, uma gama de direitos sociais dos trabalhadores. Neste contexto, Sarlet (2009, p.67) salienta que:

Como catálogo dos direitos fundamentais (e título II da CF) e contempla direitos fundamentais das diversas dimensões, demonstrando, além disso, estar em sintonia com a declaração universal de 1948, bem assim com os principais pactos internacionais sobre direitos humanos, o que também desafiou o conteúdo da disposição integrante do título I (dos princípios fundamentais). No que concerne aos direitos das duas primeiras dimensões, não se encontram dificuldades para a confirmação desta hipótese, bastando uma simples leitura superficial dos dispositivos integrantes do catálogo, que acolheu tanto os direitos tradicionais da vida, liberdade e propriedade, quanto o princípio da igualdade, os direitos e garantias políticas, consagrando, por igual, os direitos sociais da segunda dimensão.

Pensa-se também no artigo 5º, inciso XXXII (prevê a proteção do consumidor), e no artigo 5º inciso 33 (direito às informações apresentadas pelos órgãos públicos). No mais, encontra-se referência à defesa da paz, secundada na solução pacífica dos conflitos.

Para efeito de uma breve exposição dos direitos fundamentais na atual Constituição, ressalta-se aqui alguns aspectos que, salvo melhor juízo, parecem ser passíveis de crítica. A falta de rigidez científica e de técnica legislativa adequada, explica a terminologia utilizada e pode ser marcada como uma das principais fraquezas do catálogo dos direitos fundamentais de nossa Constituição, elevando contradições, falta de tratamento coerente na matéria e ensejando problemas de ordem hermenêutica.

A proteção do que é essencial aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, a reserva legislativa teriam sido categorias que, uma vez tendo recebido roupagem nacional, se revelariam extremamente benéficas, servindo como elementos para um tratamento científico e uniforme da matéria (MIRANDA, 1987, p. 87).

Tendo em vista os aspectos destacados, afirma-se que, a respeito da existência de pontos passíveis de críticas e ajustes, os direitos fundamentais estão vivenciando o grande momento histórico do constitucionalista pátrio, ao menos no que se refere o seu reconhecimento pela ordem jurídica passiva interna e pelos instrumentos que se colocou

à disposição dos operadores de direito, inclusive no que consegue as possibilidades de realização sem antecedentes no ordenamento nacional.

Para a preservação e fortalecimento da lei fundamental se torna indispensável a existência de uma vontade de Constituição, também poderemos falar em uma vontade dos direitos fundamentais, ainda mais quando estes integram o núcleo essencial de qualquer Constituição que mereça essa designação (HESSE, 1991).

Para que esse fato continue a integrar o nosso presente e não se torne mais outra mera lembrança, com sabor de ilusão, tornar-se indispensável o curso da vontade por parte de todos os agentes políticos e de toda sociedade.

2.1 Elementos de um sistema de direitos fundamentais

No âmbito dessa apresentação do conteúdo e do significado dos direitos fundamentais na Constituição vigente, vale analisar em que medida é possível fazer referência a um autêntico sistema formado pelos direitos fundamentais de nossa lei fundamental e, que esse preceito se insira em contexto global com a Constituição.

A problemática não é destituída da importância prática visto que do seu enfrentamento ocorreu consequências diretas. Estreitamente vinculada com a presença temática, coloca-se ainda a questão da relação entre a parte orgânica da Constituição e direitos fundamentais, o que também merecerá a nossa atenção.

A ideia de que os direitos fundamentais integram a um sistema no âmbito da Constituição foi objeto de recente referência na doutrina pátria, com base no argumento de que os direitos fundamentais são, em verdade, concretização do princípio fundamental e da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa lei fundamental. A aplicação da noção de sistema ao conjunto de direito não mentais não é, contudo, inovadora e tem sido discutido acirradamente na dogmática constitucional nacional e estrangeira (FARIAS, 1996 p. 68).

A existência de direitos fundamentais dispersos no texto constitucional, ausência de uma fundamentação direta e todos os direitos fundamentais no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o estreito entrelaçamento entre os direitos fundamentais e o restante das normas constitucionais, impedem, segundo a perspectiva de Hesse, a existência de um sistema autônomo, fechado. Nesse contexto, importa referir à tese de Hesse (1991, p.92) que:

Embora reconheça a existência de certas vinculações de natureza sistemática, entende ser impossível sustentar o ponto de vista de um sistema autônomo e fechado integrado pelos direitos fundamentais da lei fundamental. Os direitos fundamentais, apesar de comumente agrupados em um catálogo, são garantias pontuais, que se limitam a proteção de determinados bens e posições jurídicas e especialmente relevantes ou ameaçado.

Os indicadores demonstram, portanto, mesmo que se queira negar a existência de um autêntico sistema dos direitos fundamentais em nossa Constituição, que no mínimo, há como sustentar. Com base no exposto, Sarlet (2009, p.74) verifica que:

Além de no mínimo uma relativa unidade de conteúdo, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, bem como proteção reforçada contra a ação erosiva do legislador, podem ser considerados elementos e indicadores das existências de um sistema de direitos fundamentais também no direito constitucional pátrio, caracterizando sua abertura e autonomia relativa no âmbito do próprio sistema constitucional que integra.

A posição dos direitos fundamentais que não podem ser apreciados a uma espécie de agrupamentos relativamente ao restante da ordem constitucional deve neste contexto ser analisado à luz do princípio da unidade da Constituição, sem que isto não proceda a eliminação de um valor constitucional em detrimento de outro.

3. SIGNIFICADOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao buscar o significado dos direitos fundamentais é importante enfatizar a visão de Bonavides (2004), na obra "Curso de Direito Constitucional", onde as garantias constitucionais podem ser tanto da Constituição (acepção lata), quanto "garantias dos direitos subjetivos expressos ou outorgados na Carta Magna, portanto, remédios jurisdicionais eficazes para a salvaguarda desses direitos (acepção estrita)".

As garantias constitucionais na acepção lata dizem respeito à manutenção da eficácia e proteção da ordem constitucional contra fatores que possam colocá-la em risco, por exemplo, situações de crises do sistema político. Por outro lado, as garantias constitucionais em acepção estrita, buscam proteger de forma direta ou indireta os direitos fundamentais - subjetivos através de remédios jurisdicionais hábeis a combater a violação de direitos fundamentais (BONAVIDES, 2004, p.61).

Procura-se atribuir aos direitos individuais eficácia superior à das normas meramente programáticas, então se deve identificar precisamente os contornos e limites de cada direito, e isto é a exata definição do seu âmbito de proteção. Tal colocação real é suficiente para realçar o papel especial conferido ao legislador na concretização de determinados direitos quanto no estabelecimento de eventuais limitações ou restrições.

Evidente que não apenas o legislador, mas também os demais órgãos estatais com poderes normativos, judiciais ou administrativos cumprem uma tarefa relevante na concretização dos direitos fundamentais.

Mendes (2007) compreende que a Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto que se desdobra em 79 incisos e 4 parágrafos, reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos.

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição e, avaliando assim, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (artigo 60, § 4º, inciso IV, da CRFB/88).

Os direitos fundamentais são naturais do indivíduo, isto é, praticamente nascem com ele a partir do momento que ingressa na sociedade, são direitos básicos adquiridos e expressados na Carta Magna.

A complexidade do sistema dos direitos fundamentais recomenda que se invitem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação do âmbito de proteção e a imposição de restrições ou limitações legais. Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam as titulares e possibilidades de impor seus interesses em face dos órgãos obrigados (HESSE, 2009, p.112).

Os direitos humanos fundamentais possuem características únicas, neste sentido referencia-se Sampaio (2015) que utiliza a doutrina para sintetizar tais características, sendo elas:

- I) Historicidade - os direitos fundamentais apresentam natureza

histórica, advindo do Cristianismo, superando diversas revoluções até chegarem aos dias atuais;

II) Universalidade - alcançam a todos os seres humanos indistintamente; nesse sentido fala-se em “Sistema Global de Proteção de Direitos Humanos”;

III) Inexauribilidade - são inesgotáveis no sentido de que podem ser expandidos, ampliados e a qualquer tempo podem surgir novos direitos (vide art. 5º, § 2º, CF);

IV) Essencialidade - os direitos humanos são inerentes ao ser humano, tendo por base os valores supremos do homem e sua dignidade (aspecto material), assumindo posição normativa de destaque (aspecto formal);

V) Imprescritibilidade - tais direitos não se perdem com o passar do tempo;

VI) Inalienabilidade - não existe possibilidade de transferência, a qualquer título, desses direitos;

VII) Irrenunciabilidade - deles não pode haver renúncia, pois ninguém pode abrir mão da própria natureza;

VIII) Inviolabilidade - não podem ser violados por leis infraconstitucionais, nem por atos administrativos de agente do Poder Público, sob pena de responsabilidade civil, penal e administrativa;

IX) Efetividade - a administração pública deve criar mecanismos coercitivos aptos a efetivação dos direitos fundamentais;

X) Limitabilidade - os direitos não são absolutos, sofrendo restrições nos momentos constitucionais de crise (Estado de Sítio) e também frente a interesses ou direitos que, acaso confrontados, sejam mais importantes (Princípio da Ponderação);

XI) Complementaridade - os direitos fundamentais devem ser observados não isoladamente, mas de forma conjunta e interativa com as demais normas, princípios e objetivos estatuídos pelo constituinte;

XII) Concorrência - os direitos fundamentais podem ser exercidos de forma acumulada, quando, por exemplo, um jornalista transmite uma notícia e expõe sua opinião (liberdade de informação, comunicação e opinião);

XIII) Vedação do retrocesso - os direitos humanos jamais podem ser diminuídos ou reduzidos no seu aspecto de proteção (O Estado não pode proteger menos do que já vem protegendo).

Pela sua extensão como elemento básico da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais, sejam aqueles que não asseguram primariamente o direito subjetivo quanto àqueles outros idealizados como garantias individuais, constituem a base do ordenamento jurídico do estado de direito democrático.

Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são direitos de defesa, destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do poder público, seja pelo não impedimento da prática de determinados atos, seja pela não intervenção em situações subjetivas ou pela não eliminação de posições jurídicas (ALEXY, 1998).

“Os direitos fundamentais contêm disposições definidoras em uma competência negativa do Poder Público, que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado” (HESSE, 2009, p.133).

Outras normas aprovam direitos a prestações de caráter positivo que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva quanto a prestações normativa de índole positiva (ALEXY, 1998).

Como observa Hesse (2009, p.68), “a garantia de liberdade do indivíduo que os direitos fundamentais pretendem assegurar somente é exitosa no contexto de uma sociedade livre”. Por outro lado, uma sociedade livre pressupõe a liberdade dos cidadãos, preparados e aptos a determinar sobre questões de seu interesse e da comunidade.

Tais características condicionam a estrutura e a função dos direitos fundamentais. Estes asseguram não só os direitos subjetivos, assim como também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática.

3.1 Direitos à vida e à liberdade

O direito à vida é um direito personalíssimo. Não obstante tratar-se de um direito que se sobrepõe a todos os demais, tal fato não assegura sua plena efetividade, razão pela qual, a despeito das críticas que foram ouvidas ao tempo em que se promulgou a

Constituição Federal (que apontaram ser tal direito tão óbvio que não era necessário indicá-lo em texto legal). Na verdade, não são descabidos e demasiados os textos legais relativos a ele, especialmente se estabelecem medidas eficazes, ou seja, instrumentos legais suficientes e de deflagração simples.

O direito à liberdade, ao respeito e à dignidade são assegurados a todos, independentemente de cor, etnia ou nacionalidade. A liberdade é uma das maiores conquistas do ser humano, através dela pode conquistar o direito de pensamento, de locomoção, de religião e de culto, entre outras. O art. 5º, *caput*, que trata dos direitos e garantias fundamentais, deixa certo que: “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 [...]”.

Como supra citado anteriormente, a Constituição Federal expressa a partir do art. 5º ao art. 17º toda a parte referente aos direitos e garantias do cidadão. Logo, é fundamental que os direitos sejam respeitados e aplicados de forma eficiente para que não prevaleça o preconceito, neste caso mais específico, o racismo.

É claro que numa sociedade democrática, onde todos são iguais, o exercício de liberdade pode sofrer advertência necessária para que todos possam exercer de igual forma seus direitos. Assim, pode-se dizer tudo o que se pensa, mas não se temo direito de xingar nem de ofender outra pessoa na sua honra e na sua dignidade.

3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Evidencia-se neste tópico um dos princípios mais constantes na Constituição que é o da dignidade da pessoa humana. Foi construído pela história e inserido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no art. 1º, inciso III, como princípio fundamental.

A doutrina diverge quanto à dignidade da pessoa humana ser um princípio, defendendo a ideia de que seria uma meta a ser alcançada no estado democrático de direito (NUCCI, 2016).

O próprio Dicionário Aurélio o define como “Regras fundamentais admitidas como base de uma ciência” e o Dicionário Michaelis afirma ser “Lei, doutrina ou aceção fundamental em que outras são baseadas ou de que outras são derivadas”, os princípios de uma ciência e, por fim, o dicionário jurídico *online* do Supremo Tribunal Federal - STF estabelece que, se trata de um pressuposto lógico imprescindível da norma legislativa e constitui o espírito da legislação, mesmo quando não expresso em seu corpo.

Além de ser um princípio consagrado como fundamento do Estado Democrático de Direito, é alicerce, a base de onde se emana todos os demais princípios.

O princípio abarca não apenas os direitos individuais, como também os de natureza social, econômica e cultural, uma vez que no Estado Democrático de Direito, a liberdade não é apenas negativa, entendida como ausência de constrangimento, mas liberdade positiva, consistente na remoção de impedimentos (sociais, econômicos e políticos) capaz de embaraçar a plena realização da personalidade humana (NUCCI, 2016).

Nucci (2016) também expõe a questão do Princípio da Isonomia, conhecido como sinônimo de igualdade, porquanto é o símbolo da democracia e indica um tratamento justo para os cidadãos. É essencial dentro dos princípios constitucionais, porém complexo, e para sua completa compreensão é necessário entender o contexto cultural e histórico em que foi criado.

Esse princípio tem feito parte das antigas civilizações e ao longo da história foi muitas vezes desrespeitado, assumindo um conceito errado por entrar em atrito com os interesses das classes dominantes.

4.A LEI N.º 11.645/08: UM MARCO HISTÓRICO

Inicialmente, destaca-se que a Lei da Abolição de 13 de maio de 1888 não livrou os ex-escravizados afro-brasileiros da discriminação racial, da exclusão social e da miséria. Sobre a Lei n.º 11.645/08 como fruto da luta antirracista do Movimento Negro, Sales diz que, os afro-brasileiros passaram a valorizar a escola e a aprendizagem escolar como um “bem supremo” e uma espécie de “abre-te sésamo⁹⁷” da sociedade moderna. Prontamente a escola passou a ser definida socialmente pelos afro-brasileiros como um veículo de ascensão social, conforme pesquisa realizada pelo sociólogo Florestan Fernandes em 1951 (*apud* SANTOS, 2005 p. 63).

O intelectual e militante negro Abdias do Nascimento, já indicava a necessidade de educação formal para os negros como uma condição necessária à superação da exclusão sócio-racial a que estavam submetidos. Afirmava:

[...] o Quilombo, em sua primeira edição, na coluna “Nosso Programa”, que era necessário “lutar para que, enquanto não for gratuito o ensino em todos os graus, sejam admitidos estudantes negros, como pensionistas do Estado, em todos os estabelecimentos

⁹⁷ 4Metáfora que significa “abre-te como um sésamo se abre”. O sésamo em questão é o gergelim, planta que se abre devagar liberando suas sementes.

particulares e oficiais de ensino secundário e superior do País, inclusive nos estabelecimentos militares” (QUILOMBO, 2003, p.91).

Era gritante a necessidade de uma ação afirmativa para minimizar as disparidades sociais em curto prazo, depois de séculos de perpetuação. Os negros compreenderam que sem educação formal dificilmente poderiam ascender socialmente. Logo a militância e os intelectuais negros descobriram que a escola também tem responsabilidade no desempenhar das desigualdades raciais.

O processo de discriminação racial contra os negros infelizmente ainda não foi eliminado da educação formal brasileira. Esse sistema educacional é usado como aparelhamento de controle nesta estrutura de discriminação cultural, visto que quando há alguma referência ao africano ou negro é no sentido do afastamento e da alienação da identidade negra. Na universidade brasileira, pouco se tem acesso ao mundo negro-africano, assim, o modelo europeu ou norte-americano se repete e as populações afro-brasileiras são afastadas para longe do chão universitário.

[...] ao perceberem a inferiorização dos negros, ou melhor, a produção e a reprodução da discriminação racial contra os negros e seus descendentes no sistema de ensino brasileiro, os movimentos sociais negros (bem como os intelectuais negros militantes) passaram a incluir em suas agendas de reivindicações junto ao Estado Brasileiro, no que tange à educação, o estudo da história do continente africano e dos africanos, a luta dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional brasileira (SANTOS, 2005).

Dessa forma, inicia-se a luta para dar outro significado à História da Cultura Afro-Brasileira na sociedade brasileira a partir da educação formal. Parte desta reivindicação já constava na declaração final do I Congresso do Negro Brasileiro, que foi promovido pelo Teatro Experimental do Negro (TEN), no Rio de Janeiro, entre 26 de agosto e 4 de setembro de 1950 (SANTOS, 2005 p.14).

Nesse congresso recomendou-se, “o estímulo ao estudo das reminiscências africanas no país bem como dos meios de remoção das dificuldades dos brasileiros de cor e a formação de Institutos de Pesquisas, públicos e particulares, com este objetivo” (NASCIMENTO *apud* SANTOS, 2005).

Contudo, ao que tudo indica, a agenda de demandas dos movimentos negros parece intensificar mais aquela reclamação na esfera educacional após o ressurgimento dos movimentos sociais negros em 1985. Segundo Carlos Hasenbalg (*apud* SANTOS), a

agenda de reivindicações das entidades negras contemplava basicamente as seguintes áreas: racismo, cultura negra, educação, trabalho, mulher negra e política internacional.

Considerando as pressões antirracistas e legítimas dos movimentos sociais negros, políticos de diversas tendências ideológicas em vários estados e municípios brasileiros, reconheceram a necessidade de reformular as normas estaduais e municipais que regulam o sistema de ensino. Mais do que isso, as pressões dos movimentos negros e, conseqüentemente, suas articulações com políticos mais sensíveis à questão racial brasileira, tiveram como resultado a inclusão por meio de leis, de disciplinas sobre a História dos Negros no Brasil e a História do Continente Africano nos ensinos fundamental e médio das redes estaduais e municipais de ensino.

Em Brasília, também houve mudanças neste sentido. Em 13 de setembro de 1996, o então governador Cristovam Buarque sancionou a Lei nº 1.187 que dispõe sobre a introdução do “estudo da raça negra” como conteúdo programático dos currículos do sistema de ensino do Distrito Federal. No entanto, nenhum órgão do governo do Distrito Federal procurou implementá-la até a presente data (SANTOS, 2005, p.78).

Por outro lado, o Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a Lei nº 11.645/08 reconhecendo a importância das lutas antirracistas dos movimentos sociais negros, as injustiças e discriminações raciais contra os negros, e também as atrocidades cometidas aos povos indígenas do Brasil, deu prosseguimento à construção de um ensino democrático que incorpore a história e a dignidade de todos os povos que participaram da construção do Brasil, alterou a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional).

A Lei nº 9.394/96 passou a vigorar acrescida dos seguintes artigos: Art. 26-A e 79-B. Esta lei preconiza que nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, públicas e particulares torna-se obrigatório o ensino sobre História e Cultura Afro- Brasileira e Indígena.

4.1 O combate ao racismo a partir da Lei nº. 11.645/08

É impossível estudar o racismo e não conceituá-lo, pois trata-se de um tipo de preconceito associado às etnias ou às características físicas. As pessoas denominadas racistas baseiam-se na ideologia da superioridade, onde assinala que algumas raças ou etnias são superiores às outras, seja pela cor da pele, pensamentos, opiniões, crenças, inteligência, cultura ou caráter. Nota-se que, na maioria das vezes, o racismo associa-se tão somente ao preconceito contra os negros, todavia, as atitudes racistas ocorrem a qualquer raça ou etnia, sejam negros, asiáticos, brancos, índios, e outros. Prontamente,

[...] o racismo é uma ilusão de superioridade. O racista se acha superior àquele a quem se compara: ele nasceu pra mandar e o outro, visto como inferior a ele, para obedecer. O racismo, então, é antes de tudo uma expressão de desprezo por uma pessoa. Às vezes não por causa de suas características, mas por aquela pessoa pertencer a outro grupo (LOPES, 2007, p. 19-20).

A nossa Constituição Cidadã traz além do princípio da igualdade, o princípio da dignidade da pessoa humana para resguardar os direitos individuais de cada um. Dessa forma, reprovava tanto o racismo como qualquer ato discriminatório, ademais foi criada a Lei nº 1.390/1951, mais conhecida como Lei Afonso Arinos e a Lei nº 7.716/1989 que classificam o racismo como crime inafiançável, punível com prisão de até cinco anos e multa.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tornou criminal o racismo, a discriminação e a prática de atos de preconceito racial de qualquer natureza. O racismo é tipificado como delito imprescritível, isto porque é crime a discriminação, o preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. O racismo e a discriminação ofendem a personalidade da pessoa, lesionando a honra, individualidade, intimidade, imagem e o respeito à diversidade. Atingindo a reputação é sabido que ensejam danos morais, assunto esse tratado em nossa Constituição Federal de 1988, que estabelece em seu artigo 5º, inciso, V e X:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988, p.15).

O racismo brasileiro possui suas raízes no comércio de negros africanos. A opinião historicamente popular de que o Brasil é uma democracia racial continua a impedir o reconhecimento das desigualdades raciais. Contudo estas diversidades são profundas e persistentes aprisionando muitos brasileiros negros em um círculo vicioso de pobreza, resultados educacionais ruins, discriminação no mercado de trabalho e violência. É importante refletir que, a discriminação é uma violação dos direitos humanos.

O movimento negro do Brasil há muito tempo tem lutado por ações públicas contra o racismo, atuações como: uma série de discussões de política participativa e conferências sobre racismo; criação de instituições governamentais encarregadas de promover a igualdade racial; indicação de pessoas negras para cargos superiores do governo e a obrigatoriedade surgida a partir da Lei nº 11.645/08 nos estabelecimentos de ensino.

A citada Lei tem a finalidade de trazer a cultura, a história afro-brasileira e indígena para as escolas, porém é fundamental pensar de que forma trazê-la a não reproduzir estereótipos preconceituosos, logo, a sociedade passaria a ser menos racista respeitando as diferenças. Visto que, "A efetivação da Lei nº 11.645/08 na educação brasileira é um fator importante no sentido de desconstruir mecanismos ideológicos que dão sustentabilidade aos mitos da inferioridade do negro e da democracia racial", explica Rocha (2007, p.35).

A história do Brasil revela que a economia brasileira foi sustentada durante alguns séculos pela mão de obra escrava africana. Isso mostra que, devemos parte do que hoje somos ao africano que foi deportado, arrastado a força da sua terra mãe e vendido como escravo do outro lado do Atlântico, sendo impedido de manter suas tradições e até mesmo de manifestar sua religiosidade.

Utilizando-se de uma visão histórico-crítica da realidade, percebe-se que toda essa situação relatada fez com que os afrodescendentes ficassem às margens do processo econômico e político do país, tendo como alternativa os trabalhos subalternos e desqualificados, pois a eles eram proibidos frequentar escolas gerando uma massa de brasileiros de pouca renda, fadados ao fracasso econômico, cultural e social (ROCHA, 2007).

Lembra-se que, um grande passo já foi dado em relação ao avanço da história e cultura afro-brasileira com a implantação da Lei n.º 11.645 de 2008 obrigando os currículos escolares a inserirem a história da cultura afro-brasileira e indígena em seus conteúdos.

Nota-se que, o racismo dissimulado está inserido em todos os grupos sociais, inclusive na escola. Todavia é também na escola que, deve-se repreender essas práticas criminosas, multiplicando o conhecimento por meio da sensibilização de sua comunidade.

4.2 A Lei nº 11.645/08 e a visão de docentes de uma escola municipal de Imperatriz

A Lei foi constituída como política de ação afirmativa no âmbito do racismo e da discriminação racial alterou a Lei n.º 9394/96 de Diretrizes e Bases da Educação Nacional,

estabelecendo a obrigatoriedade desse estudo em componentes curriculares importantes, como por exemplo, a História.

No intuito de dar um novo significado à História da Cultura Afro- Brasileira e Indígena, os movimentos sociais, os ativistas e a população afro-brasileira depois de muitos anos de luta, visto que o povo brasileiro é extremamente persistente, impulsionaram e pressionaram os legisladores do país, de tal forma, que criaram as políticas afirmativas.

Tais políticas visam minimizar as inconseqüências sociais ocasionadas pelo modo de produção escravista que sustentou a economia brasileira no início de sua colonização impregnado de preconceito étnico. Por mais violento que seja tal credenciais ainda circunda a sociedade brasileira.

Na tentativa de ressignificar a História da África:

À medida que rejeitavam as tendências eurocêntricas de sua própria história racional cabia aos historiadores de cada continente a tarefa de avançar em direção a uma história verídica, na qual a África, a Ásia e a América Latina tivessem um papel aceitável no plano internacional. Essa tendência manifestava-se nos historiadores cujos trabalhos tratavam de cultura diferente das suas e nos historiadores africanos que se propunham a escrever sobre a Ásia, ou a América Latina, nos europeus e norte-americanos que começavam a interpretar a história da África ou da Ásia em proveito dos povos desses continentes, esforçando-se para ultrapassar os preconceitos eurocentristas (CURTIN, 2010, p. 40).

Esta luta em prol da erradicação do eurocentrismo e do etnocentrismo tem ganhado aliados no mundo todo. Atualmente a maioria da população global não admite mais esse tipo de violência. Tal agressão arraigada no subconsciente dos europeus, norte-americanos e, sobretudo dos africanos, afro-americanos e afro-brasileiros contribuiu com a discriminação étnica e conseqüente impedimento do desenvolvimento científico e tecnológico destas étnias.

A Lei nº 11.645/08 que altera a Lei nº 9.394/1996 para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena", dá outras providências. De acordo com o artigo 1º desta Lei, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) passa a vigorar acrescida dos artigos 26-A e 79-B.

O art. 26-A diz no seu *caput* que "nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, oficiais e particulares, torna-se obrigatório o ensino sobre História e Cultura Afro-

Brasileira e Indígena”. Nota-se que, foi preciso criar uma lei para se instituir o óbvio, pois nossa formação histórica deve-se grande parte ao povo africano que para cá veio servir de mão de obra escrava. Quanto à cultura afro-brasileira, a referida Lei estabelece no seu parágrafo primeiro que “o conteúdo programático a que se refere o *caput* deste artigo incluirá o estudo da História da África e dos Africanos, a luta dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional, resgatando a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e políticas pertinentes à História do Brasil”.

O segundo parágrafo retrata: “os conteúdos referentes à História e Cultura Afro-Brasileira serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de Educação Artística e de Literatura e História Brasileira”. Enquanto que, o art.79-B estabelece que “o calendário escolar incluirá o dia 20 de novembro como Dia Nacional da Consciência Negra”.

Partindo do que diz o artigo 79-B, pode-se perguntar: Por que não incluir o dia 13 de maio no calendário escolar e sim o 20 de novembro? Esta resposta deve-se ao fato de que foram tratados os afrodescendentes libertos, totalmente à margem da sociedade, sem condições mínimas de subsistência. Condições estas previstas pela elite e ratificadas na Lei de Terras de 1850.

Sobre a temática, o professor 1 comentou o seguinte: “A comemoração da data 20 de novembro na educação já é clichê! Não desconsiderando a importância, mas é necessário que se amplie o estudo além das datas comemorativas”.

Percebe-se a partir da fala do professor 1 que, o dia 20 de novembro é talvez o único dia em que se trata da cultura africana e afro-brasileira nas escolas. Ao mesmo tempo considera à sua importância, mas é bastante enfático quanto a necessidade de se promover o estudo mais vezes. Dessa forma, fica cristalino que o professor 1, pouco sabe ou não entende sobre a Lei nº 11.645/08 e suas contribuições na educação brasileira, e tão pouco sabe o quanto a efetivação desta lei pode inibir atos de racismo.

A Lei nº 11.645/08 materializa esse olhar diferenciado à História e Cultura Afro-brasileira e Indígena, nesse tocante resgata o que foi privado por séculos ao povo que foram escravizados e se tornaram a base de sustentação da lavoura de cana de açúcar em nosso país. Esta Lei junta com as demais políticas afirmativas serve para minimizar as desigualdades sociais e reafirmar a identidade dos afro-brasileiros, ou melhor, dos próprios brasileiros.

No Brasil está concentrada uma grande parcela de ascendência africana do mundo, isto significa que existe uma quantidade da população brasileira que vivem em extrema condição de desigualdade. Isso demonstra que no Brasil o racismo é mascarado e isso faz

com que o combate ao mesmo se torne muito mais difícil, porque segundo Paulo Freire (1996) “está ideologicamente plantado em nossas mentes”. Contudo, nota-se certa prepotência e arrogância com que os afrodescendentes são tratados com frases feitas, gírias e até mesmo produções científicas que coíbem a produção da identidade africana.

Toda essa situação relatada fez com que os afrodescendentes ficassem às margens do processo econômico e político do país, tendo como alternativa, trabalhos subalternos e desqualificados, pois eram impedidos até mesmo de frequentar escolas gerando uma massa de brasileiros de pouca renda, fadados ao fracasso econômico social.

Depois de anos ardil da democracia racial exportada no livro do Gilberto Freyre, Casa Grande e Senzala, o movimento afrodescendente surge no cenário brasileiro para despertar a sociedade para o preconceito e discriminação dos afro-brasileiros. Tal agitação de luta e resistência que culminou com as ações afirmativas visam incluir as minorias, em curto prazo, nas universidades, no mercado de trabalho e nos direitos sociais e humanos.

Todavia ainda há a mentalidade sectarista e foi observada em uma das falas da roda de conversa, em que o professor 2 chegou a afirmar que “o racismo sempre vai existir, pois se trata de uma construção histórica. Que por mais que a escola se esforce com conversas, discussões e ministração de aulas, também é confrontada com políticas desumanas, que destroem a alma, e que também impedem o êxito educacional”.

Inicialmente, a fala do professor 2 causa espanto, uma vez que partiu de um professor, agente competente e mediador de ideias e conhecimento. Ademais, ele reconhece que há racismo no Brasil, que discute a temática em suas aulas, mas não esclarece como se dá essa sensibilização. Também se coloca como vítima de políticas que desolam a educação.

Por outro lado, houve também quem se manifestasse a favor de estudo e oficinas que oportunizem a efetivação da Lei nº 11.645/08 na escola-campo. Segundo o professor 3, “é necessário que se invista na efetivação da mencionada lei na escola, que ela saia do papel e torne-se significativa, caso contrário a sociedade continuará reproduzindo uma educação desigual, corroborando para as mazelas sociais, dentre elas, o racismo”.

Apesar de toda essa dificuldade, a disposição do professor 3 em promover uma prática diferenciada já é uma ajuda e deve ser incentivada, a escola deve primar por estratégias e ações que combata o racismo em sua dinâmica diária junto à sua comunidade, além disso documentá-las em seu Projeto Político Pedagógico.

Dessa forma contribuirá com uma sociedade justa e fraterna que respeita o outro na sua integralidade. Reconhecerá por meio de suas ações pedagógicas que a formação

cultural brasileira é mista, que se deu por uma mistura de povos, que cada um têm sua importância e seu valor enquanto gente, pessoa humana.

5. CONCLUSÃO

Ao finalizar este trabalho, pode-se afirmar que se trata de um tema polêmico e que ainda merece destaque nos debates que rodeiam a sociedade brasileira. Deve-se enaltecer a Lei n.º 11.645/08 que estabelece às Diretrizes e Bases da Educação Nacional para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena", nos possibilitando visualizar a importância da cultura negra na construção do país, em específico.

Infelizmente, o racismo é algo que ainda se faz presente na sociedade brasileira que pouco evoluiu para evitar e combater este mal que já é passível de punição penal, quando compreendido e julgado de forma eficiente pelos juristas. Mas, independentemente do resultado do judiciário, na escola deve ser exposto, discutido e compreendido entre a comunidade escolar

Observa-se, a partir da fala dos professores, que não há uma formação adequada para os mesmos, apesar de 14 anos de lei, ainda há uma grande lacuna quanto à sua efetivação. Outrossim, muitos preconceitos foram observados a partir dos discursos dos mesmos, o que reflete diretamente o pouco interesse desses participantes em se atualizar da temática em questão.

Diante dos fatos, acredita-se que a problemática foi respondida e o objetivo foi alcançado, visto que foi possível refletir sobre o combate ao racismo a partir da Lei n.º 11.645/08. Obviamente, que uma lei só existe na prática se for cumprida e respeitada. O racismo no Brasil ainda existe, mesmo que de forma velada, porém, há uma lei específica para garantir os direitos daquele que, de alguma forma, vier a ser desrespeitado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos e razão prática**. Trad. Manuel Atienza. Em: Doxa, 1998.

BRASIL. **Constituição Federal**. Artigo 5º. Brasília-DF, 1988. Disponível a partir do site <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 de setembro de 2022.

BRASIL. **Lei n.º 11.645 de 10 de março de 2008**. Brasília-DF, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11645.htm Acesso em: 18 de setembro de 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

LOPES, N. **O Racismo Explicado Aos Meus Filhos**. Rio de Janeiro: Agir; 2007.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: AS Fabris, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Atualizada e Ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/32131/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 16 de setembro de 2022.

ROCHA, Rosa Margarida de Carvalho. **A História da África na Educação Básica: Almanaque Pedagógico – referenciais para uma proposta de trabalho**. In: Moore, Carlos. Belo Horizonte: Nandyala, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHNEIDER, Hans-P. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais do Brasil**, 1979.

STERN, Klaus. **Os Estados Constituintes**. Munique: Carl Heymanns, 1992

TRIBUTAÇÃO DIFERENCIADA PARA A AGRICULTURA FAMILIAR DO TOCANTINS COMO FERRAMENTA DE DESENVOLVIMENTO LOCAL

VERÔNICA ALVES GONÇALVES DA SILVA FRANÇA:

Graduanda em Direito pela Universidade do Tocantins, Campus Palmas, Engenheira de Alimentos, pela Universidade Estadual do Tocantins, Doutora em Química pela Universidade de Brasília.

FERNANDA MATOS FERNANDES DE OLIVEIRA JURUBEBA⁹⁸

(coautora)

RESUMO: O Brasil é um dos países com maior carga tributária incidente sobre produtos alimentícios, independente do porte de produção. Para um produtor rural de pequeno porte, a forma de tributação pode ser um importante estímulo para a continuidade na atividade rural. Nesse contexto essa pesquisa busca responder o seguinte questionamento: qual o papel das políticas públicas de concessão de incentivos fiscais como ferramenta de promoção do desenvolvimento local por meio das atividades rurais da agricultura familiar? Para responder essa pergunta foi elaborado um estudo descritivo através do qual foi possível analisar as formas de tributação praticáveis aos pequenos produtores rurais da agricultura familiar, bem como foram analisadas as principais políticas públicas direcionadas a este tipo de produtor, tendo como estudo de caso o Tocantins. Concluiu-se que as políticas públicas têm papel determinante para promover a melhoria das condições de vida dos produtores da agricultura familiar, estimular a abertura de novas agroindústrias familiares, impulsionar os mercados de produtos regionais, melhorar a segurança alimentar de grupos em situação de risco, fortalecer o vínculo dos jovens filhos de agricultores familiares com as atividades desenvolvidas por seus pais e assim diminuir o êxodo rural.

Palavras-chave: tributação, agricultura familiar, políticas públicas, isenção de ICMS no Tocantins.

ABSTRACT: Brazil is one of the countries with the highest tax burden on food products, regardless of the size of production. For a small rural producer, the form of taxation can be an important stimulus for the continuity of rural activity. In this context, this research attempts to answer the following question: what is the role of public policies for granting tax incentives as a tool for promoting local development through rural family farming

⁹⁸ Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza; Professora efetiva de Direito Tributário na Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS.

activities? To answer this question, a descriptive study was developed through which it was possible to analyze the forms of taxation practicable for small rural producers of family agriculture, as well as the main public policies directed to this type of producer, with Tocantins as a case study. It was concluded that public policies play a key role in promoting the improvement of the living conditions of family farming producers, encouraging the opening of new family agro-industries, boosting regional product markets, improving food security for groups at risk, strengthening the bond of young sons and daughters of family farmers with the activities carried out by their parents and thus reducing the rural exodus.

Key-words: taxation, family agriculture, public policies, exemption from taxation.

1 INTRODUÇÃO

Grande parte dos alimentos que chegam às mesas dos brasileiros em seu dia a dia são oriundos das pequenas propriedades, conforme dados do Censo Agropecuário 2017-2018, onde foi apurado que a agricultura familiar representa 77% dos estabelecimentos agropecuários do Brasil, apresentando relevante produção da maioria dos alimentos que compõem a cesta básica de produtos consumidos pelo brasileiro, tais como: arroz (34%), feijão (70%), produção de leite (64,2%), produção de proteína animal como a de bovinos (31%), suínos (51,4%), caprinos (70,2%) e aves (45,5%), além de produtos como mandioca (87%), produtos hortícolas (64,4%) e espécies frutíferas (64,6%). Por meio desses dados, observa-se a importância econômica dos produtos da agricultura familiar no abastecimento de produtos para o mercado interno.

Em breve síntese, a agricultura familiar envolve um estabelecimento agropecuário administrado por uma família, que gerencia e também é a mão de obra empregada nas atividades rurais. Para a agricultura familiar as atividades são pluriativas, tudo na propriedade torna-se fonte de renda e subsistência (SCHNEIDER e NIEDERLE, 2008). Outra importante característica deste tipo de estabelecimento agropecuário é que a produção de alimentos tanto é utilizada como forma de subsistência como para geração de renda para a família, seja pela comercialização de produtos *in natura* ou pela venda de produtos chamados artesanais e/ou coloniais, que são aqueles tradicionalmente conhecidos como produtos da Terra ou Regionais. Na agregação de valor, trazida pela agroindustrialização dos produtos da agricultura familiar, reside uma importante estratégia de desenvolvimento rural. (MIOR, 2005)

Em termos da agricultura familiar como atividade fornecedora de produtos locais ou regionais, as dificuldades são ainda maiores, uma vez que para se estabelecer no mercado e ofertar seus produtos ao público consumidor, ela enfrenta a concorrência de produtos similares fabricados por grandes fábricas que possuem um volume de produção muito maior e, assim, conseguem ofertar seus produtos ao consumidor final por menor valor, e, desta forma, na livre concorrência de mercado, tornam-se a escolha deste, pois o preço

representa um dos principais critérios na decisão de aquisição de um produto. Além da concorrência de mercado, outra grande dificuldade enfrentada pelos produtos da agricultura familiar reside na alta carga tributária sobre os alimentos em suas diferentes formas, uma vez que os tributos aplicados incidem no preço final dos mesmos. Com a alta tributação, o produtor não consegue ofertar um produto de qualidade com preço final acessível ao consumidor, e desta forma, sustentar-se na atividade se torna cada vez mais difícil.

Diante deste cenário, o presente artigo tem como objetivo analisar, por meio de um estudo descritivo e pesquisa bibliográfica, a importância do tratamento diferenciado da carga tributária aplicada à agricultura e agroindústria familiar como ferramenta de desenvolvimento local, tendo como estudo de caso o Estado do Tocantins.

2 ATIVIDADE RURAL NO BRASIL

A produção no meio rural é uma atividade que remonta desde os primórdios da humanidade, com mais semelhança às definições que se tem de agricultura remontando ao Egito Antigo, praticada pelo homem para fins, inicialmente de subsistência e posteriormente de geração de renda (BURANELLO, 2018).

A atividade rural, é um termo utilizado para designar atividades econômicas, sejam agrícolas (produção vegetal) ou zootécnicas (produção animal) ou agroindustriais (indústrias rurais). Quanto à classificação dos imóveis rurais, a mais utilizada trata-se do enquadramento por módulos fiscais. Cada município tem seu próprio enquadramento quanto ao tamanho do módulo fiscal. Além do tamanho, também é considerado o sistema de exploração (TENÓRIO, 2010).

A legislação brasileira que regula esta matéria é o Estatuto da Terra, Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Esta lei conceitua imóvel rural, assim como estabelece a classificação de seus tipos, quais sejam: propriedade familiar, minifúndio, latifúndio. Também são conceituados outros termos relacionados ao melhor entendimento da atividade rural.

De acordo com a referida legislação, em seu art. 4º, entende-se por imóvel rural:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, definem-se:

I - "Imóvel Rural", o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada;

II - "Propriedade Familiar", o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalho com a ajuda de terceiros;

III - "Módulo Rural", a área fixada nos termos do inciso anterior;

IV - "Minifúndio", o imóvel rural de área e possibilidades inferiores às da propriedade familiar;

V - "Latifúndio", o imóvel rural que:

a) exceda a dimensão máxima fixada na forma do artigo 46, § 1º, alínea b, desta Lei, tendo-se em vista as condições ecológicas, sistemas agrícolas regionais e o fim a que se destine;

b) não excedendo o limite referido na alínea anterior, e tendo área igual ou superior à dimensão do módulo de propriedade rural, seja mantido inexplorado em relação às possibilidades físicas, econômicas e sociais do meio, com fins especulativos, ou seja deficiente ou inadequadamente explorado, de modo a vedar-lhe a inclusão no conceito de empresa rural;

[...] (BRASIL, 1964)

Com relação à legislação, a atividade rural foi definida na Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil, IN SRF nº 83, de 11 de outubro de 2001, estabelece em seu art. 2º quais atividades das pessoas físicas se enquadram como rural, ou seja, aquelas relacionadas à agricultura, pecuária, extração e exploração vegetal e animal, exploração de atividades zootécnicas. (BRASIL, 2001b)

Outra importante classificação das propriedades rurais ocorre em relação à natureza jurídica. Entende-se por produtor rural, aquele que desenvolve atividades rurais de cultivo, criação, extrativismo vegetal, assim como de transformação das matérias-primas em insumos ou novos produtos. No Brasil, as propriedades podem ser tanto empresas rurais, como sociedade de pessoas, ou ainda firma individual. A firma individual é aquela operada pela pessoa física, sendo o único responsável pela propriedade. Em relação à pessoa jurídica, consiste no produtor rural que possui inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) e registro em Junta Comercial. Trata-se de uma empresa legalmente constituída que trabalha com atividades agropecuárias, com a finalidade exclusiva de produção rural. A Instrução Normativa da Receita Federal IN-RFB nº 971/2009, em seu art. 165 traz o conceito dessas duas modalidades de produtor rural, *verbis*:

Art. 165. Considera-se:

I - produtor rural, a pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, que desenvolve, em área urbana ou rural, a atividade agropecuária, pesqueira ou silvicultural, bem como a extração de produtos primários, vegetais ou animais, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos, sendo:

a) produtor rural pessoa física:

1. o segurado especial que, na condição de proprietário, parceiro, meeiro, comodatário ou arrendatário, pescador artesanal ou a ele assemelhado, exerce a atividade individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 16 (dezesesseis) anos ou a eles equiparados, desde que trabalhem comprovadamente com o grupo familiar, conforme definido no art. 10;

2. a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária ou pesqueira, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos e com auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua;

b) produtor rural pessoa jurídica:

1. o empregador rural que, constituído sob a forma de firma individual ou de empresário individual, assim considerado pelo art. 931 da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil), ou sociedade empresária, tem como fim apenas a atividade de produção rural, observado o disposto no inciso III do § 2º do art. 175;

2. a agroindústria que desenvolve as atividades de produção rural e de industrialização da produção rural própria ou da produção rural própria e da adquirida de terceiros, observado o disposto no inciso IV do § 2º do art. 175 e no § 3º deste artigo; [...] (BRASIL, 2009)

Insta salientar que o produtor rural não necessita ser o proprietário do imóvel, é preciso ter o direito de explorar, como acontece nos contratos de arrendamento.

2.1 AGRICULTURA FAMILIAR

Ainda sob os tipos de produtores rurais, existe mais uma divisão relacionada às características de exploração da atividade rural, tratando-se do agricultor familiar. A agricultura familiar é composta em sua maioria por pequenos produtores, que desenvolvem suas atividades por meio da gestão e mão de obra predominantemente familiar (DENARDI, 2001).

No Brasil, esta modalidade ocupa um grande espaço nas atividades rurais, bem como contribui efetivamente para o suprimento de alimentos nos mercados regionais (INCRA/FAO, 2000). A produção da agricultura familiar difere grandemente de outras formas de exploração agrícola ou zootécnica uma vez que existe maior diversificação dos produtos e a tendência na utilização de práticas mais sustentáveis de exploração agropecuária.

Segundo censo agropecuário do IBGE, cerca de 77% dos estabelecimentos que desenvolvem atividades agropecuárias no Brasil são de origem da agricultura familiar. Outra importante informação levantada neste mesmo documento sobre a agricultura familiar revela que esta representa a base da economia de 90% dos municípios brasileiros com até pouco mais de 20 mil habitantes. (IBGE, 2017)

Dentro da legislação brasileira, a agricultura familiar é uma atividade definida pela Lei nº 11.326 de 24 de julho de 2006, que estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais. Assim, de acordo com a legislação brasileira, é considerado agricultor familiar, aquele que:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se agricultor familiar e empreendedor familiar rural aquele que pratica atividades no meio rural, atendendo, simultaneamente, aos seguintes requisitos:

I - não detenha, a qualquer título, área maior do que 4 (quatro) módulos fiscais;

II - utilize predominantemente mão-de-obra da própria família nas atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento;

III - tenha percentual mínimo da renda familiar originada de atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento, na forma definida pelo Poder Executivo;

IV - dirija seu estabelecimento ou empreendimento com sua família.
(BRASIL, 2006)

Comumente, os produtos da agricultura familiar que circulam no mercado interno do Brasil são de dois tipos, sendo o primeiro tipo aqueles ofertados *in natura*, tais como

frutas, legumes, verduras, café, mandioca, milho, arroz, feijão, leite, carnes, e, um segundo tipo de produto ofertado após sofrer algum tipo de transformação, comumente denominados como produtos agroindustrializados, como por exemplo, geleias, doces, farinhas, polvilhos, bolos, biscoitos, pães, iogurtes, queijos, linguiças, mel envasado, dentre tantos outros. Esses produtos frutos do beneficiamento constituem o que se denomina de agroindústria familiar, e representam um grande aumento na renda da família.

O tipo de formatação de uma agroindústria familiar pode abranger desde processos simples, como o embalamento de verduras até aqueles mais mecanizados que requerem a utilização de equipamentos específicos para o beneficiamento de alguns grupos de alimentos, como a fabricação de polpas de frutas, embutidos e queijos e iogurtes.

Com efeito, a grande maioria de agroindústrias familiares existentes em praticamente todos os Estados do Brasil representam estabelecimentos construídos na própria propriedade; próximo às áreas de produção da matéria-prima, com gestão e operacionalização por meio de mão de obra familiar, que se utilizam, em sua grande totalidade, da própria produção da propriedade, assim como realizam atividades predominantemente manuais, cuja produção abrange desde o preparo da matéria-prima até o armazenamento do produto, agregando valor aos mesmos, aumentando sua vida útil, facilitando as formas de consumo dos produtos, e imprimindo nestes características regionais ou histórico-culturais, tais como aquelas formulações oriundas de receitas repassadas de geração em geração, conferindo identidade própria aos produtos da agroindústria familiar.

No entanto, independente da forma de produção de alimentos, em média 22,5% do preço final dos alimentos é resultante da incidência tributária. Atualmente, muito se tem discutido sobre as dificuldades econômicas que os empreendedores vêm passando para permanecerem ativos em suas atividades, e este conceito estende-se também às atividades rurais.

3 TRIBUTAÇÃO INCIDENTE SOBRE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS TRANSFORMADOS

3.1 Sistema Tributário Nacional

O Sistema Tributário Nacional compreende todo o conjunto de regras que estabelecem a tributação nacional. (BRITO, 2015) Em um sentido amplo, refere a todas as exigências fiscais presentes no ordenamento jurídico brasileiro (disposições constitucionais, leis, decretos, portarias, instruções normativas) com a função de regular a instituição, cobrança, arrecadação e a partilha de tributos.

Nesse contexto, qualquer cobrança de tributos a ser realizada obedece a um conjunto de diretrizes que precisam ser observadas pelo Ente Tributante. O Sistema Tributário Nacional está previsto na Constituição Federal, regulado em seu Capítulo I (“Do Sistema Tributário Nacional”) do Título VI (“Da Tributação e do Orçamento”). O Texto Constitucional delinea a competência tributária atribuída aos entes federativos e suas implicações.

Abaixo da Constituição Federal, em matéria de tributação, tem-se o Código Tributário Nacional (ou CTN), promulgado pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que também disciplina a matéria tributária, dispondo sobre o Sistema Tributário Nacional e instituindo normas gerais sobre tributação aplicáveis à União, Estados e Municípios. Esta lei sistematiza a lei tributária do Brasil, sendo dividida em duas partes, a primeira que regulamenta o sistema tributário e uma segunda onde ficam dispostas todas as normas que o regulamentam.

Do Código Tributário Nacional extrai-se o conceito legal de tributo, disposto em seu art. 3º, que prevê ser o tributo “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.”

Sobre a definição o autor Eduardo Sabbag esclarece que o tributo é toda prestação pecuniária, exigido de maneira compulsória, mas instituído somente por meio de lei e cobrado a partir de lançamentos executados pelos Entes Tributantes (SABBAG, 2020). Tributo não é sinônimo de penalidade ou multa (PAULSEN, 2020)

Segundo o Código Tributário Nacional, em seu art. 5º, as espécies tributárias se dividem em três grupos, quais sejam: impostos, taxas e contribuição por melhoria. Entrementes, a corrente majoritária do direito tributário brasileiro defende que existem cinco espécies de tributos (teoria pentapartida), sendo eles: impostos, taxas, contribuição por melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais (MACHADO SEGUNDO, 2018).

Em relação à legislação tributária nacional aplicada aos produtos transformados, ou seja, agroindustrializados pela agricultura familiar, cerca de seis tributos são cobrados em relação aos alimentos e as diferentes etapas de produção do alimento, quais sejam: PIS (Programa de Integração Social), COFINS (Contribuição para o Financiamento de Seguridade Social), ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços), IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), contribuição previdenciária, imposto de renda e a contribuição social sobre o lucro. De todas as exações mencionadas, o ICMS é o tributo de maior impacto, e que incide desde a produção agropecuária até o comércio varejista.

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS tem previsão legal no art. 155, inciso II da Constituição Federal, tendo também regulamentação pela Lei

Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), alterada posteriormente pelas Leis Complementares nº 92/1997, 99/1999, 102/2000 e 114/2002. É um imposto real, não cumulativo, que incide sobre o valor agregado, apresentando como base cálculo o bem. O fato gerador do ICMS refere-se ao momento da saída da mercadoria do estabelecimento contribuinte ou do início da prestação do serviço. Em relação às alíquotas do ICMS, cada Ente da Federação possui suas definições tanto para as alíquotas do Ente de origem como do Ente de destino, ou seja, é um imposto de competência dos Estados, e também do Distrito Federal, onde cada Estado deve estabelecer em Lei Estadual própria as alíquotas a serem praticadas sobre cada operação de saídas e/ou circulação de mercadorias, observando os limites previstos na CRFB. (SABBAG, 2020)

Este imposto também é indireto e seletivo, assim como o IPI, onde o ente Tributante também deve observar a essencialidade de cada mercadoria a ser circulada. Esta característica de seletividade está prevista no art. 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal que diz: “§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”. (BRASIL, 1988)

O contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. É importante ressaltar que, essas operações devem ser realizadas com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial. Outro ponto importante a ser destacado é que, cabe ICMS ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Ainda em relação ao ICMS, cada Estado da Federação, e também o Distrito Federal possui legislação específica instituindo e regulamentando este tributo. A função do ICMS é fiscal, sendo uma importante fonte de arrecadação para os Estados assim como para o Distrito Federal. (CARRAZZA, 2011)

3.2 Incentivos Fiscais

O Estado como unidade administrativa de um território tem uma missão importantíssima nas relações socioeconômicas, cabendo a ele desenvolver políticas públicas para a solução dos conflitos sociais, bem como promover o bem coletivo. Mas para alcançar seus objetivos, o Estado precisa de recursos financeiros, uma vez que toda despesa estatal é amparada por algum tipo de recurso que o financie. (TUROLLA, 2009)

Neste sentido, a exação tributária, para o Estado, figura-se como uma importante fonte regular de financiamento de seus fins primordiais, como bem ensina Hugo de Brito Machado.

A tributação é, sem sombra de dúvida, o instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver. Sem ele, não poderia o Estado realizar os seus fins sociais, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica. (MACHADO, 2011)

Por outro lado, nas palavras de Lina Vieira, a tributação faz mais pelo Estado do que custear seus objetivos, sendo também uma importante fonte para possibilitar o alcance dos princípios e objetivos do Estado, *in verbis*:

“À luz dessa nova visão, os tributos devem possibilitar o alcance dos princípios, fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil. Como consequência, devem ser utilizados para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.” (VIEIRA, 2010)

É válido colocar também o respaldo trazido em nossa Carta Suprema acerca da possibilidade dos incentivos fiscais como ferramenta de redução das desigualdades regionais e sociais, *in verbis*:

A Constituição Federal consagra como um dos objetivos fundamentais de nossa república erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inc. III). Quando veda à União instituir tributo que não seja uniforme em todo território nacional ou implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, faz expressa ressalva, asseverando ser admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País (art. 151, inc. I) [...] a de reduzir desigualdades inter-regionais (art. 165, §7º) [...] a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, inc. VII) (MACHADO, 2011. p. 383).

Mas, ainda sobre tributos é importante se distinguir que estes apresentam características de fiscalidade (arrecadação) e extrafiscalidade (utilização do tributo com finalidades diferentes de só arrecadação). No entanto, de acordo com o foco deste artigo, é na extrafiscalidade que o Estado pode desempenhar políticas públicas efetivas para públicos como a agricultura familiar.

Como bem nos ensina Roque Antônio Carrazza a extrafiscalidade tributária ocorre quando o legislador realiza aumento ou redução de alíquotas de tributos visando o bem

coletivo, ou tal medida tem por objetivo obrigar o contribuinte a cumprir ou não alguma determinação. (CARRAZZA, 2017)

Neste mesmo sentido, o autor Ricardo Lobo Torres nos ensina que a extrafiscalidade é uma ferramenta de dupla configuração que de um dos lados pode gerar prestações não tributárias:

A extrafiscalidade, como forma de intervenção estatal na economia, apresenta uma dupla configuração: de um lado, a extrafiscalidade se deixa absorver pela fiscalidade, constituindo a dimensão finalista do tributo; de outro, permanece como categoria autônoma de ingressos públicos, a gerar prestações não tributárias (TORRES, 2001).

Por fim, vale dizer que os incentivos fiscais, especificamente estes, estão vinculados à supressão ou redução do ônus com o recolhimento de tributos como o ICMS, vem sendo utilizados pelo Estado com a finalidade extrafiscal, e assim, servindo de importante ferramenta para a efetividade de determinadas políticas públicas como àquelas voltadas para a atividade rural e seu público.

3.3 Limitações ao Poder de Tributar

As limitações ao poder de tributar são barreiras impostas pela Constituição Federal, visando limitar as ações do Ente Tributante para que este não exceda o exercício de suas atribuições, bem como sejam resguardados os direitos e deveres dos cidadãos brasileiros. Nesse sentido, uma vez estabelecidas as limitações, ocorre o disciplinamento jurídico (BARROS, 2014).

As limitações ao poder de tributar são restrições impostas pela Constituição Federal ao Ente Tributante de forma a delimitar suas ações (Sabbag, 2020).

Na Constituição Federal, as limitações ao poder de tributar estão previstas nos arts. 150, 151 e 152. Os limites ao poder de tributar estendem-se aos princípios constitucionais e às imunidades. Leandro Paulsen esclarece que as limitações podem se apresentar divididas em três classes: garantias do contribuinte (legalidade, isonomia, irretroatividade, anterioridade e vedação do confisco), como concretização de outros direitos e garantias individuais (imunidade dos livros e dos templos) ou como instrumentos para a preservação da forma federativa de Estado (imunidade recíproca, vedação da isenção heterônoma e de distinção tributária em razão da procedência ou origem, bem como de distinção da tributação federal em favor de determinado ente federado) (PAULSEN, 2020).

4 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O FORTALECIMENTO DA AGRICULTURA FAMILIAR

Políticas públicas representam as ações desenvolvidas pelos governos, desenvolvidos para garantir o cumprimento de direitos previstos na Constituição Federal e outras leis. (NUNES, 2017) Tratam-se de estratégias que permitem o papel regulador do Estado, ao mesmo tempo que ampliam sua responsabilidade em representar os interesses populares. (RODRIGUES, 1997; ABAD, 2003). Desse modo, as políticas públicas são instrumentos de grande importância para se promover o desenvolvimento local.

Em relação às políticas públicas para a agricultura familiar, a partir do ano de 1995 significativas mudanças foram implementadas pelo governo na época, a partir da criação do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF, em anos anteriores, não existiam políticas públicas específicas para a agricultura familiar, principalmente para atender à necessidade de crédito para o seu desenvolvimento. (BIANCHINI, 2015).

O PRONAF é um programa para fortalecer a agricultura familiar por meio da disponibilização de financiamentos subsidiados pelo governo nos serviços agropecuários e não agropecuários. (BRASIL, 2002). Nesse contexto, a partir da criação do PRONAF, houve o reconhecimento da agricultura familiar como categoria social e produtiva, e assim diversas políticas públicas posteriores foram criadas visando garantir sua reprodução social bem como reafirmar sua importância na produção de alimentos (BERGAMASCO; ESQUERDO, 2013).

Após a criação do PRONAF, outra política pública direcionada para a agricultura familiar, criada no ano de 2003, como parte das ações do Programa Fome Zero, foi o Programa de Programas de Aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar (PAA), o qual está diretamente ligado com a política de segurança alimentar nutricional. (GRISA, 2012)

O PAA, refere-se à aquisição de alimentos adquiridos diretamente dos produtores da agricultura familiar e os distribui para pessoas em situação de insegurança alimentar e vulnerabilidade social, assim como instituições socioassistenciais, escolas da rede pública, restaurantes populares e bancos de alimentos. Este programa foi instituído pela Lei nº 10.696 de 2 de julho de 2003. Tem por objetivo promover o fortalecimento dos processos de comercialização dos produtos da agricultura familiar sob dois eixos, que são: a compra direta para doação simultânea às entidades da rede socioassistencial, tais como: escolas, creches e asilos, visando garantir a segurança alimentar e nutricional deste público; e apoio à formação de estoques e sua posterior comercialização no mercado. (MDS, 2012) Para acessar o PAA, o produtor, obrigatoriamente, precisa possuir o Cadastro Nacional da Agricultura Familiar – CAF, que veio substituir a Declaração de Aptidão ao PRONAF - DAP. Os valores das vendas são repassados diretamente aos produtores.

O Programa Nacional de Alimentação Escolar -PNAE tem por objetivos promover o acesso à alimentação saudável, e também estimular o desenvolvimento da agricultura

familiar, uma vez que, no mínimo, 30% dos alimentos que são adquiridos pelo programa ocorrem por meio da compra de alimentos produzidos pelos agricultores familiares. Assim, os alunos em atividade escolar são servidos com refeições mais saudáveis e que incluem alimentos regionais normalmente consumidos por seus familiares em suas residências. O PNAE foi criado pela Resolução nº 26/2013, e complementado pelas Resoluções nº 04/2015 e nº 01/2017. Por meio do PNAE, são repassadas às secretarias de educação dos Estados e municípios e, também, às escolas federais, recursos que devem ser utilizados exclusivamente nas aquisições de gêneros alimentícios, por meio de editais de chamada pública para a compra de alimentos. (FNDE, 2020)

No que se refere à importância da execução dos Programas de Aquisição de Alimentos direto da Agricultura Familiar, tem-se que estes possuem papel significativo na composição da renda familiar. Tanto o PAA, como PNAE, são políticas públicas capazes de dinamizar a economia dos municípios, uma vez que, após o recebimento dos recursos oriundos a venda de seus produtos, as famílias realizam compras no comércio local propiciando uma maior circulação de capital dentro dos municípios. (SOUSA et al., 2018, e FERREIRA NETO et al., 2012)

Contudo, as saídas de gêneros alimentícios para os Programas Governamentais não são isentas do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), assim como vários outros produtos oriundos da agroindústria familiar. Para que tal condição seja possível, é necessário que os Estados e o Distrito Federal firmem convênios estabelecidos pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. O CONFAZ é um órgão colegiado, criado pela Lei Complementar 24/1975, formado pelos Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação dos Estados e do Distrito Federal, sob a presidência do Ministro de Estado da Fazenda, que tem por objetivo celebrar convênios para efeito de concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais e financeiros do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação – ICMS. (CONFAZ, 2022; BRASIL, 2010; BRASIL, 1975)

Uma vez ratificado o convênio, os Estados signatários ficam autorizados a concederem isenção ou redução das bases de cálculo nas operações internas do ICMS nas saídas de determinados produtos, como por exemplo, os produtos oriundos da agricultura familiar comercializados para o Programa Nacional de Alimentação Escolar.

Em relação aos estados que ratificaram o convênio ICMS 143, de 24 de setembro de 2010 com a CONFAZ com vistas a beneficiar a agricultura familiar, na comercialização de gêneros alimentícios que se destinem ao atendimento da alimentação escolar nas escolas da educação básica, são signatários: Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará,

Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, São Paulo, Santa Catarina, Sergipe, Distrito Federal e o Tocantins. (CONFAZ, 2010)

4.1 Políticas Tributárias do Estado do Tocantins de apoio a Agricultura Familiar

O Tocantins é um Estado com vocação natural para a atividade rural. Três grupos recebem destaque neste cenário: produtores de grãos, pecuaristas e agricultura familiar. Sobre a agricultura familiar, segundo dados da Secretaria de Agricultura, Pecuária e Aquicultura do Estado do Tocantins – Seagro, o Tocantins possui aproximadamente 42 mil famílias de agricultores familiares, distribuídas em todos os 139 municípios do Estado, que juntas representam 50% das áreas destinadas à agricultura e à pecuária. Economicamente, a agricultura familiar contribui com 40% do valor bruto da produção agropecuária do Estado de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE, Ministério do Desenvolvimento Agrário – MDA e SEAGRO (SEAGRO, 2021).

Assim como em todo o País, quando o assunto são políticas públicas voltadas para o fortalecimento da agricultura familiar, duas se destacam também no Estado do Tocantins, quais sejam: o PAA e o PNAE. Tais Programas Governamentais buscam solucionar a imensa dificuldade da comercialização dos produtos agrícolas produzidos por este público, uma vez que por meio da correta execução deles o produtor consegue um mercado certo e valorizado para a compra de seus produtos.

Outra maneira de demonstrar a importância da operacionalização desses programas pode ser expressa por meio da quantidade de dias de funcionamento destes programas, porque uma vez em funcionamento, tem-se a necessidade de aquisição dos produtos da agricultura familiar, em pelo 30% em relação ao todo a ser comprado. Por exemplo, por meio da operacionalização do PNAE, em função do semestre letivo, existe a previsão de compras para um período de 10 meses por ano, de igual forma acontecendo com o PAA, que inclusive, dependendo dos projetos apresentados pelos municípios em parceria com o Instituto de Extensão do Estado podem ter vigência todos os meses do ano.

Todavia, assim como para vários grupos alimentícios, as saídas de mercadorias, inclusive aquelas oriundas da agricultura familiar, são passíveis de tributação. No Estado do Tocantins, a legislação tributária tem por base seu código instituído pela Lei nº 1.287, de 28/12/2001, que prevê o Código Tributário do Estado do Tocantins. Já o Decreto 2.912, de 29/12/2006, dispõe sobre o regulamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – RICMS/TO.

Em relação aos incentivos de natureza tributária, o Estado do Tocantins é signatário do Convênio ICMS 143/2010, e assim, nas operações destinadas ao agricultor familiar

prevalece a hipótese de aplicação de isenção prevista no Decreto 6.111, de 22/06/2020, no Art. 2º, CXXVIII, que limita o benefício somente às saídas de gêneros alimentícios destinadas à alimentação escolar, *in verbis*:

CXXVIII – as saídas de gêneros alimentícios para alimentação escolar promovida por agricultor familiar ou empreendedor familiar rural ou por suas organizações, para serem utilizados por estabelecimentos das redes de ensino das Secretarias Estadual ou Municipal ou por escolas de educação básica pertencentes às suas respectivas redes de ensino, decorrente do Programa de Aquisição de Alimentos - Atendimento da Alimentação Escolar, instituído pela Lei Federal 10.696, de 2 de julho de 2003, no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE, nos termos da Lei Federal 11.947, de 16 de junho de 2009, observado que: (Convênios ICMS 143/10, 11/14, 109/19)

b) a isenção alcança até o limite de R\$ 20.000,00 a cada ano civil, por agricultor ou empreendedor; (TOCANTINS, 2020)

Contudo, os mercados governamentais executados no Tocantins não são suficientes para garantir a viabilidade e manutenção da agroindústria de produtos da agricultura familiar. Muito embora, este grupo de produtores escoe boa parte de sua produção por meio do comércio informal de produtos tidos como típicos ou da terra, há um retorno alto de investimento nos próprios municípios onde eles residem, uma vez que é no comércio local que os produtores usam sua renda para adquirir produtos de uso geral para si e seus familiares. A agricultura familiar, marcadamente, propulsiona o mercado local e também regional do Tocantins.

Em se tratando de incentivos fiscais, conforme previsão no ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito à agricultura familiar o instituto das isenções tem maior impacto positivo no sentido de estímulo à constância nas atividades transformadoras e oportunidade de acesso a novos mercados, possibilitando assim maior giro econômico e possibilidade de geração de mais empregos e renda para as famílias envolvidas.

Nesse prisma, a Lei nº 11.326 de 24 de julho de 2006 (BRASIL, 2006), que trata dos programas para atingir as políticas voltadas à agricultura familiar, traz em seu texto que o Estado pode fazer uso de políticas de cunho tributário para estimular o desenvolvimento da agricultura familiar, *in verbis*:

Art. 5º Para atingir seus objetivos, a Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais promoverá o

planejamento e a execução das ações, de forma a compatibilizar as seguintes áreas: I - crédito e fundo de aval; II - infra-estrutura e serviços; III - assistência técnica e extensão rural; IV - pesquisa; V - comercialização; VI - seguro; VII - habitação; VIII - **legislação sanitária, previdenciária, comercial e tributária**; IX - cooperativismo e associativismo; X - educação, capacitação e profissionalização; XI - negócios e serviços rurais não agrícolas; XII - agroindustrialização. (BRASIL, 2006, grifo nosso)

Para melhor compreensão acerca do assunto é interessante analisar as legislações tributárias direcionadas à agricultura familiar executadas em Estados tais como Maranhão, Minas Gerais, Rondônia, Rio de Janeiro, Mato Grosso e outros que já instituíram políticas públicas com incentivos fiscais maiores aos pequenos produtores rurais conforme resumido na Tabela 01 a seguir.

Tabela 01. Resumo das Políticas Públicas tributárias praticadas em outros Estados no País

Estado	Legislação	Incentivos Tributários
Maranhão	Decreto Nº 32.196/2016	Tratamento tributário simplificado e diferenciado ao agricultor familiar e suas organizações
Mato Grosso do Sul	Decreto nº 9.983/00 e Decreto nº 10.310/01	Tratamento tributário diferenciado para pequeno produtor que agroindustrialize sua produção
Minas Gerais	Lei nº 14.280/02 Decreto nº 44.133/05	Simplificação de tributos para o ICMS para pequenos produtores na modalidade associação
Paraná	Decreto nº 5.141/01 Decreto nº 3.927/04 Decreto nº 1.980/07	Tratamento tributário diferenciado para o ICMS
Rio Grande do Sul	Lei 10.045/93	Isenção de ICMS para microprodutor rural, com operações com produtos de

		produção própria e destinadas ao consumidor final dentro do Estado.
Rio de Janeiro	Lei nº 4.177/03 Lei 10.584/95	Redução da base de cálculo do ICMS Crédito presumido do ICMS
Rondônia	Lei complementar nº 406/07 Decreto nº 8.321/98	Isenção e suspensão do ICMS Crédito presumido do valor total do imposto devido

Fonte: Adaptação MAROCO (2018)

De forma geral, a extensão dos incentivos praticados nos outros Estados vão além da isenção do ICMS nas saídas de gêneros alimentícios para os Programas Governamentais como àqueles da alimentação escolar, assim como ocorre no Tocantins, mas contemplam outros institutos como o tratamento tributário simplificado e diferenciado (isenção, diferimento e suspensão do ICMS) e o crédito presumido aplicado nas saídas internas dos produtos da agricultura familiar.

Modelos de tratamento tributário diferenciado como aqueles praticados nos Estados de Minas Gerais, Mato Grosso do Sul e Paraná, que aplicam incentivos fiscais tais como: isenção de ICMS nas saídas internas destinadas ao consumidor final quando praticadas pelo próprio produtor; suspensão do ICMS quando das saídas internas destinadas às cooperativas de produtores rurais e aos estabelecimentos contribuintes do próprio Estado; a implementação de crédito presumido de ICMS nas compras internas de produtos da agricultura familiar produzidos no Estado, com alíquotas entre 4 e 6%; redução das bases de cálculo do ICMS em pelo menos 1/3 nas saídas internas dos produtos locais com selos do Serviço de Inspeção Municipal ou alvará (ou autorização sanitária) da vigilância sanitária municipal do Tocantins, figuram-se como alternativas praticadas em outros Estados que trabalham o fortalecimento da agricultura familiar e, que servem de modelo para aprimoramento das políticas públicas com enfoque na extrafiscalidade.

Cabe neste ponto da discussão colocar que os incentivos, quer seja na supressão ou mesmo na redução do ônus com o recolhimento de tributos, figuram-se como políticas públicas efetivas no caso da agricultura familiar, vez, por exemplo, no Tocantins, a alíquota do ICMS para alimentos industrializados como a polpa de fruta tem carga tributária média de 18% do valor da nota, neste caso, em se tratando de agricultura familiar observa-se um valor expressivo considerando que este perfil de produtor comercializa seus produtos em

pequenas quantidades, e regra geral, dentro do próprio Estado; assim a redução dessa alíquota já representaria maior ganho para o produtor, que ao pagar menos tributos na comercialização de produtos dentro do próprio Estado teria mais viabilidade e sustentabilidade em seu negócio, conseguindo também disputar em condição de igualdade espaço com produtos vindos de outros Entes Federativos.

CONCLUSÃO

A agricultura familiar representa um componente importante no desenvolvimento da economia brasileira, no entanto, muitas são as dificuldades encontradas pelos pequenos produtores para manterem sua atividade lucrativa e suficiente para garantir o sustento de sua família e a continuidade dos negócios. Um dos entraves que contribui para a fragilidade dos pequenos empreendimentos familiares advém da elevada carga tributária do Brasil incidente também nos produtos da agricultura familiar. Isso porque, a agroindústria da agricultura familiar, regra geral, tem um volume de produção pequeno, em função tanto da própria estrutura física utilizada nas fábricas como na mão-de-obra utilizada, não tendo os ganhos da economia das fábricas de grande escala.

Assim, este artigo procurou desenvolver uma análise sobre a importância das políticas tributárias para os produtos da agricultura familiar como promotora de desenvolvimento regional. A conclusão mais forte e assertiva é a de que as políticas públicas têm papel determinante para promover a melhoria das condições de vida dos produtores da agricultura familiar, estimular a abertura de novas agroindústrias familiares, impulsionar os mercados de produtos regionais, melhorar a segurança alimentar de grupos em situação de risco, fortalecer o vínculo dos jovens filhos de agricultores familiares com as atividades desenvolvidas por seus pais e assim diminuir o êxodo rural.

Apesar do modelo tributário diferenciado adotado no Estado do Tocantins para os produtos da agricultura familiar, este tratamento somente abarca uma condição de comercialização dos produtos para o atendimento aos programas de alimentação escolar, não incluindo-se outras formas de comercialização interna dos produtos, nem tampouco dispensando o pagamento do ICMS em outras operações realizadas por estas agroindústrias dentro do próprio Estado.

Desta forma, urge a implementação de outras políticas estaduais de concessão de incentivos fiscais que estimulem o beneficiamento de matérias-primas regionais, como forma de promover o desenvolvimento local por meio de uma agricultura familiar fortalecida em bases sustentáveis e geradora de emprego e renda.

Ressalta-se também que, além das políticas tributárias reduzidas, é de extrema importância que os produtores desenvolvam uma cultura de trabalho cooperativa ou

associativa, uma vez que amplia as possibilidades de colocação de produtos regionais no mercado preservando os saberes e identidades destes produtos.

REFERÊNCIAS

IBGE. **Censo Agropecuário 2017: Estabelecimentos**. 2017. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3096/agro_2017_resultados_definitivos.pdf>. Acesso: 25 de mar 2022.

SCHNEIDER, S.; NIEDERLE, P. A. **Agricultura familiar e teoria social: a diversidade das formas familiares na agricultura**. In: FALEIRO, F. G. ; FARIAS NETO, A. L. (Ed.). Savanas: desafios e estratégias para o equilíbrio entre sociedade, agronegócio e recursos naturais. Planaltina, D. F., Embrapa Cerrados, 2008, p. 989-1014. Disponível em: <<https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/570974/savanas-desafios-e-estrategias-para-o-equilibrio-entre-sociedade-agronegocio-e-recursos-naturais>>. Acesso: 25 de mar. 2022.

MIOR, L.C. **Agricultores familiares, agroindústrias e redes de desenvolvimento rural**. Chapecó, Unochapecó, Editora Argos, 2005, 338p.

BURANELLO, Renato. **Agronegócio: conceito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/208/edicao-1/agronegocio:-conceito>>. Acesso: 25 de mar 2022.

TENÓRIO, Roberto. **Agricultura - Propriedades agrícolas: reclassificar para crescer? - Concentração de renda e baixa produtividade acentuam debate sobre reclassificação de propriedades rurais**. Revista Desafios do Desenvolvimento – SBS. 2010 . Ano 7 . Edição 60 – 28 de maio de 2010. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1284:reportagens-materias&Itemid=39>. Acesso: 25 de mar 2022.

BRASIL, 1964. Lei nº 4.504, de 25 de fevereiro de 1993. **Dispõe sobre o Estatuto da Terra**. Brasília, DF: Presidente da República, [1993]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm> Acesso: 25 de mar. 2022.

BRASIL, 2001b. Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa SRF no 83, de 11 de outubro de 2001. **Dispõe sobre a tributação dos resultados da atividade rural das pessoas físicas**. Brasília/DF. Disponível em: <

<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=14387>> Acesso: 25 de mar. 2022.

DENARDI, R. A. Agricultura familiar e políticas públicas: alguns dilemas e desafios para o desenvolvimento rural sustentável. **Agroecol. e Desenv. Rur. Sustent.**, Porto Alegre, v. 2, n. 3, jul./set. 2001. Disponível: <

https://www.emater.tche.br/docs/agroeco/revista/ano2_n3/revista_agroecologia_ano2_nu_m3_parte12_artigo.pdf. Acesso: 25 de mar 2022.

INCRA/FAO - INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA/ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A AGRICULTURA E A ALIMENTAÇÃO. **Novo Retrato da Agricultura Familiar - o Brasil redescoberto, 2000**. Disponível em: < <http://www.rlc.fao.org/proyecto/brazil/censo.pdf>>. Acesso: 25 de mar 2022.

IBGE. **Censo Agropecuário 2017: Estabelecimentos**. 2017. Disponível em: < https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3096/agro_2017_resultados_definitivos.pdf>. Acesso em: 25 mar 2022.

BRASIL, 2006. Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006: **Estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais**. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11326.htm> . Acesso: 25 de mar 2022.

BRITO, Edvaldo. **Direito Tributário: Imposto, Tributos Signalimaticos, Contribuições, Preços e Tarifas, Empréstimos Compulsórios**. São Paulo: Atlas, 2015.

SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial**. 7ª Ed. São Paulo:Ed. Método, 2020, p. 30.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.178.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARRAZZA, R. A. **ICMS**. Editora Malheiros. 15ª Edição. São Paulo/SP, 2011.

TUROLLA, Frederico Araújo. **Direito Tributário: Política Fiscal**. Coordenador: Roberto França de Vasconcellos. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 26/27.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, 32º ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 24.

VIEIRA, Lina Maria. **Educação Fiscal e Cidadania**. Organizadora: Eloísa Maia Vidal. Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, 2010, p. 145.

BRASIL. **Lei Complementar nº. 123/06, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 15.12.2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm#:~:text=%C2%A7%20o%20As%20microempresas,de%20que%20trata%20o%20art.> Acesso em: 25 mar 2022.

RATKE, Bruna Nogueira Almeida. **A agricultura familiar brasileira e o PRONAF: apontamentos para a construção de um objeto jurídico**. 2013. 133f. Dissertação (Mestrado)-Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2013.

BARROS, Olinda Joyce de Sousa . **Limitações ao poder de tributar à luz dos princípios constitucionais tributários**. JUS. 15 maio 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28514/limitacoes-ao-poder-de-tributar-a-luz-dos-principios-constitucionais-tributarios>>. Acesso: 15 de abr 2022.

NUNES, Andréia R. Schneider. Políticas públicas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: **Direitos Difusos e Coletivos**. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/376/edicao-1/politicas-publicas>. Acesso: 21 de mai 2022.

ABAD, M. **Crítica política das políticas de juventude**. In M.V. de Freitas, & F. de C. Papa (Orgs.), Políticas públicas: juventude em pauta (PP. 13-32). 2003. São Paulo: Cortez.

RODRIGUES, C. M. **Conceito de seletividade de políticas públicas e sua aplicação no contexto da política de extensão rural no Brasil**. Cadernos de Ciência & Tecnologia, 14 (1), 1997, 113-154. Disponível em: <<https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/81227/1/Conceito-de-seletividade.pdf>> Acesso: 23 de mai. 2022.

BIANCHINI, Valter. Vinte anos do PRONAF, 1995-2015: avanços e desafios. Brasília: SAF/MDA, 2015.

BRASIL, 2002. Ministério de Desenvolvimento Agrário (MDA). **Manual operacional do crédito rural PRONAF**. Brasília, 2002.

BERGAMASCO, S. M. P. P., BORSATTO, R. S. e ESQUERDO, V. F. S. **Políticas públicas para a agricultura familiar no Brasil: reflexões a partir de estudos de casos no estado de**

São Paulo. Revista Interdisciplinaria de Estudios Agrários. Buenos Aires Argentina, n. 38, p. 25-50, 2013. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/318913235_Políticas_publicas_para_a_agricultura_familiar_no_Brasil_reflexoes_a_partir_de_estudos_de_casos_no_estado_de_Sao_Paulo>. Acesso: 23 de mai 2022.

GRISA, C. **Políticas públicas para a agricultura familiar no Brasil: produção e institucionalização das ideias.** Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Programa de Pósgraduação de Ciências Sociais em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade/UFRRJ, 2012. Disponível em: <https://institucional.ufrrj.br/portalcpsda/files/2018/08/2012.tese_Catia-Grisa.pdf> Acesso: 23 de mai. 2022.

MDS. **Cartilha Programa de Aquisição de Alimentos - PAA.** Ministério do Desenvolvimento Social (MDS). Novembro de 2012. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/seguranca_alimentar/cartilha-paa-2010.pdf> Acesso: 22 de mai 2022.

FNDE. **Educação Alimentar e Nutricional - EAN.** 2020. Disponível em: <<https://www.fnde.gov.br/index.php/programas/pnae/pnae-eixos-de-atuacao/pnae-educacao-alimentar-nutricional>>. Acesso em: 22 de mai. 2022.

SOUSA, D. N; SILVA, D. W. ; GEHLEN, I. ; MILAGRES, C. S. F. **Programas governamentais de aquisição de alimentos da agricultura familiar no estado do Tocantins.** Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional, Taubaté, v. 14, p. 252- 264, 2018c. Disponível em: <https://bit.ly/2LuEG4c>. Acesso em: 23 mai 2022.

FERREIRA NETO, J. A; SOUSA, D. N; MILAGRES, C. S. F; OLIVEIRA, P. A população local e a percepção dos impactos dos assentamentos rurais. Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional, Taubaté, v. 8, p. 153- 164, 2012. Disponível em: <https://www.rbgdr.net/revista/index.php/rbgdr/article/view/588>. Acesso: 23 de mai 2022.

CONFAZ. **Conselho Nacional de Política Fazendária.** Disponível em: <confaz.fazenda.gov.br/legislação/convênios> Acesso: 24 de mai 2022.

CONFAZ. **Convênio ICMS 143, de 24 de setembro de 2010.** Conselho Nacional de Política Fazendário – CONFAZ – Ministério da Economia. 2022. Disponível em: <<https://www.confaz.fazenda.gov.br/menu-de-apoio/historico>> Acesso: 24 de mai 2022.

SEAGRO. **Agricultura Familiar.** 2021. Disponível em: <<https://seagro.to.gov.br/agricultura-familiar/>> Acesso: 24 de mai 2022.

TOCANTINS, Decreto n 6.111 de 22 de junho de 2020. **Dispõe sobre o Regulamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – RICMS/TO.** 2020. Palmas, Tocantins. Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=397837>> Acesso em: 24 mai. 2022.

BRASIL, Lei Complementar 24, de 07 de janeiro de 1975. **Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências.** Brasília, 1975. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp24.htm#:~:text=LEI%20COMPLEMENTAR%20N%C2%BA%2024%2C%20DE,mercadorias%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias> Acesso em: 24 mai. 2022.

NASCIMENTO, Sidnei P. Guerra Fiscal: Uma análise quantitativa para Estados participantes e não participantes. **Revista Economia**, Brasília (DF), v.10, n.2, p.211-237, mai/ago 2009. Disponível: < https://anpec.org.br/revista/vol10/vol10n2p211_237.pdf> Acesso em em 24 mai. 2022.

MAROCO, Luiz S. B. **A Relevância de Políticas Públicas Tributárias para o Desenvolvimento e Fortalecimento da Agricultura Familiar no Brasil.** Juiz de Fora, 2018, 45 p. Monografia. Universidade Federal de Juiz de Fora

A CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE CANNABIS E A NECESSIDADE DE UM INIMIGO COMUM: UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DA CONSTRUÇÃO DE UM INIMIGO COMUM COMO FORMA DE LEGITIMAR O PODER PUNITIVO ESTATAL ATRAVÉS DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE *CANNABIS*

DANIEL TADEU DUARTE CALVET:
Graduando em Direito – UEMA.

RESUMO: O Direito Penal pode ser entendido enquanto resultado de aspirações sociais e interesses das classes dominantes que exercem e possuem impacto no Poder Legislativo. Assim, é importante destacar que todo crime é resultado ora de um pedido da sociedade ora em detrimento de um interesse da classe dominante. Quanto à criminalização da cannabis, é possível perceber que a tipificação de seu porte é oriunda de um movimento de interesses pós-abolicionistas para perpetuar o status quo. O presente trabalho se ateve ao estudo das motivações que permeiam a criminalização do porte desta substância, tudo isso pelo viés criminológico. Para tanto, foi utilizada a bibliografia já existente acerca do assunto em teses, dissertações, monografias, artigos, entre outros, para fins de levantamento de dados e de discussões que já pautavam o assunto este tema. Dessa forma, o presente trabalho possui o objetivo de contribuir para o debate acadêmico acerca da necessidade estatal de inimigos em comum aos olhos da população como maneira de legitimar suas ações e até mesmo a sua própria existência.

Palavras-chave: Criminalização; Cannabis; Poder punitivo; Inimigo comum;

ABSTRACT: Criminal Law can be understood as the result of social aspirations and interests of the dominant classes that exercise and have an impact on the Legislative Power. Thus, it is important to emphasize that every crime is sometimes the result of a request from society, sometimes to the detriment of an interest of the ruling class. As for the criminalization of cannabis, it is possible to see that the classification of its possession comes from a movement of post-abolitionist interests to perpetuate the status quo. The present work focused on the study of the motivations that permeate the criminalization of the possession of this substance, all from a criminological perspective. For that, the existing bibliography on the subject was used in theses, dissertations, monographs, articles, among others, for the purpose of data collection and discussions that already guided the subject this theme. In this way, the present work aims to contribute to the academic debate about the state's need for common enemies with the population as a way to legitimize its actions and even its very existence.

Keywords: Criminalization; cannabis; Punitive power; Common enemy;

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breve histórico da questão do porte de cannabis na legislação penal brasileira; 3. A construção do inimigo em comum sob a ótica das escolas da

criminologia; 4. A legitimação do poder punitivo do Estado a partir do discurso de proteção à ordem pública através da criminalização do porte de cannabis; 5. Discussão de tema; 6. Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Estado, enquanto detentor do poder de punir, sempre precisou de maneiras de legitimar o uso da força. É por isso que, no decorrer da história da humanidade, percebeu-se a formação de inimigos declarados do Estado. Isso ocorre, de acordo com Foucault (1986), a partir da transformação do Estado de monarquia para república, o centro do poder se tornou o corpo público. Ou seja, não mais focar em um monarca, mas no bem estar da coletividade. E, por isso, é possível notar que, para fins de legitimar a aplicação da força, foram construídos alguns inimigos comuns da coletividade para que a ação do Estado fosse justificada.

Nesse contexto, tem-se a questão da cannabis, planta de uso medicinal e com outros fins que há muito é pauta de discussão. Estudiosos como Saad (2019) apontam que a criminalização do porte de maconha surge logo após a abolição da prática da escravidão, como forma de controle social por parte da classe dominante. A temática aqui abordada perpassa os liames do direito do trabalho individual, seara do direito que é de suma importância para a sociedade, pois se trata de questão envolvendo a legitimação do Estado enquanto detentor do poder punitivo para fins de ordem pública.

Por isso, é salutar que a sociedade participe de discussões que envolvem a criminalização de condutas e entender suas raízes. Além disso, na academia, é imperioso que a discussão acerca dos processos sociais de criminalização seja pautada em fatos sociais e científicos sólidos, de maneira que a produção acadêmica acerca desses assuntos seja feita com transparência. Trata-se, por fim, de tema que em muito sensibiliza a sociedade, visto que muitas vidas já foram perdidas na chamada “Guerra às Drogas” e o debate acerca de sua motivação deve ser feita recorrente e responsabilmente. Nesse interim, surge a seguinte questão: como será a construção de um inimigo comum, por parte do Estado, para fins de legitimação do poder punitivo, através da criminalização do porte de cannabis?

Para responder esse questionamento, o presente trabalho faz uso da metodologia que consiste no conjunto de atividades racionais sistematizadas que permitem alcançar um determinado objetivo que tem como fim gerar conhecimentos válidos a respeito de um assunto (MARCONI; LAKATOS, 2017), no caso do presente trabalho, uma análise da construção do inimigo comum, por parte do Estado, para legitimação do poder punitivo através da criminalização da maconha. A metodologia aqui utilizada é a dedutiva, que se traduz em um conhecimento geral para compreender algo

em particular. De forma sucinta, na metodologia indutiva, a verdade da premissa é satisfatória para garantir a fidedignidade da conclusão.

2 BREVE HISTÓRICO DA QUESTÃO DO PORTE DE CANNABIS NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

A primeira previsão legal acerca do porte da cannabis em território brasileiro veio com o Decreto-Lei nº 891, proposta pelo Ministro das Relações Exteriores, Oswaldo Aranha, para Getúlio Vargas (SOUZA, 2012). O relatório que seguiu o anteprojeto apresentava diversos argumentos acerca dos perigos da não aprovação do projeto, destacando que se tratava de questão de saúde pública. Outrossim, segundo Saad (2019), o primeiro estudo científico acerca do uso de cannabis foi no ano de 1915, com José Rodrigues da Costa Dória, que apresentou ao Instituto Geográfico e Histórico e a Sociedade de Medicina Legal e Criminologia da Bahia um estudo que falava sobre efeitos e males do vício causado pela maconha.

O texto deu vazão a uma série de trabalhos que se preocupariam em alertar autoridades acerca dos perigos acerca da comercialização e livre uso da planta. Dória, por sua vez, se utilizou do sucesso do pioneirismo para alavancar sua carreira de político (SAAD, 2019). Por outro lado, a questão da maconha foi tratada enquanto patologia por parte do Estado, tomando para si a exclusividade na gerência da toxicomania (SOUZA, 2012). Estudiosos como Saad (2019) e Souza (2012) entendem que o discurso apresentado por Dória em 1915 deu estrutura para a formação do discurso médico que embasou o proibicionismo brasileiro das drogas do século XX.

Contudo, aponta Souza (2012) que Dória, na verdade, equacionou os valores de sua classe e um problema real que estava sendo questionado pelas classes dominantes: como controlar e manter sob vigilância aqueles que deviam permanecer excluídos (negros libertos). Pois, Dória foi além de simplesmente apresentar um trabalho crítico sobre um determinado psicoativo, ele militou a favor da proibição do comércio da planta enquanto instrumento de restrição da disseminação progressiva da toxicomania (SOUZA, 2012).

Nesse sentido, destaca-se que:

Os reflexos deste proibicionismo podem ser sentidos a partir das constantes violações de Direitos Humanos posta em marcha pela criminalização das drogas. Como resultado, no Brasil, temos um encarceramento em massa resultante da transformação da questão das drogas em questão criminal. Esta dimensão político-criminal do proibicionismo acabou por gerar importantes críticas acadêmicas de criminólogos críticos, que visam um processo de superação do

proibicionismo como forma de lidar com o problema do super encarceramento nacional. (OLIVEIRA; SILVA, 2020, p. 93).

Assim, entende-se que a criminalização da cannabis se dá em um contexto abertamente racista, que buscava maneiras de legitimar a ação contra o povo negro sem poder voltar ao estado escravocrata – e o fez ao encarcerar grande parte da população negra. Para além disso, foi bem sucedido em criar um discurso que ainda se perpetua enquanto estigmatizador da população negra.

3 A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO EM COMUM SOB A ÓTICA DAS ESCOLAS DA CRIMINOLOGIA

O Direito Penal é ramo do direito que sempre buscou legitimar o uso da força que o Estado possui monopólio sobre. Para explicar tal fenômeno, escolas da criminologia se ocuparam de explicar, ou tentar, como se deu e por quê se deu. Destaca-se, no caso em tela, ensinamentos que criticam a visão clássica do crime e do criminoso, tendo como baluarte o teórico Alessandro Barata, que fala sobre a formação do discurso punitivo e que:

[...] nasceu contemporaneamente a revolução burguesa, e, enquanto ciência e codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal (BARATA, 2011, p. 41).

Segundo Barata (2011), a ideologia da defesa social se utilizava em princípios supostamente neutros para alegar questões de ordem pública, alegando ser de interesse comum manter a ordem tal qual a classe dominante deseja. Princípios como legitimidade, bem e mal, culpabilidade, prevenção e interesse social eram comumente ligados para demonstra que o Direito Penal existe, enquanto instituto legítimo, para combater danos sociais gerados por condutas consideradas indesejadas.

Noutro giro, tem-se a concepção de outra escola criminológica, sendo esta:

A criminologia cultural explora os vários caminhos nos quais forças culturais interligam-se com a prática do crime e com o controle de criminalidade na sociedade contemporânea. Ela enfatiza a centralidade de significado, representação e poder na contestada construção do crime – tanto o crime construído como um acontecimento diário ou como uma subversão subcultural, quanto como um perigo social ou violência publicamente sancionada (HAYWARD; FERRELL, 2012, p. 207).

De acordo com Machado (2014), é necessário que haja a análise do contexto histórico-cultural que determinadas relações de poder são construídas para que sejam compreendidas enquanto forma de saber. Pois, conforme lição foucaultiana (FOUCAULT, 2009), existe uma relação entre poder e verdade, pois é existe algum autor e produtor da verdade – que é vendida através de um discurso que usualmente carrega pretensão científica.

A regularidade desse discurso que é pretensiosamente científico dá origem a uma relação de poder, em que se torna complicado rechaçá-lo enquanto verdade pois a condição em que é produzido também gera subjetividade e o legitima através da popularização. Por fim, conforme Carvalho (2013a) aponta, as críticas às teorias e discursos totalizantes houve a dificuldade de uma só corrente criminológica sustentar todos os argumentos que criticam o sistema penal. Por isso houve a fragmentação dos discursos críticos voltados para o Direito Penal, para fins de desconstrução de um sistema inapto e ineficaz.

4 A LEGITIMAÇÃO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO A PARTIR DO DISCURSO DE PROTEÇÃO À ORDEM PÚBLICA ATRAVÉS DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DA CANNABIS

Ao destrinchar sobre crime e criminosos, em estudo aprofundado, Wacquant (2003) aponta que o Estado não é uma potência coercitiva, mas uma organização que sabe se organizar e dispor do aparelho para se manter em funcionamento. Assim como o discurso punitivista foi implantado no Brasil de acordo com o discurso feito nos Estados Unidos da América (WACQUANT, 2003), a demonização da cannabis foi um projeto da classe dominante exportado da realidade norte-americana (SAAD, 2019).

Noutro giro, tem-se a criminologia midiática que, de acordo com Zaffaroni (2012), trata-se de alterar, provocar e criar sentimentos da população através de práticas políticas que acabam possuindo impacto em atividade jurisdicional e na visão da sociedade sobre determinados acontecimentos. Ou seja, basta que o cidadão preste atenção na formulação do discurso para perceber quais estruturas sustentam e legitimam a existência da sociedade hodierna.

Tais discursos, ainda de acordo com Zaffaroni (2012), se valem de manobras que usam a imprensa e seu alcance para afetar a população ao construir discursos que fomentam e legitimam a ação estatal enquanto necessária e visceral para a manutenção da ordem social – sem que haja a devida justificativa razoável para isso.

Conforme destrincha Barata (2011), o Estado possui um discurso de utilizar princípios neutros para justificar suas ações, de maneira que não deixe nítido que existem interesses e projetos da classe dominante por trás de suas ações. Como Oliveira (2020)

aponta, a criminalização do porte de cannabis após a abolição da escravidão se tratou mais de um projeto racista para controle de corpos negros do que uma questão de saúde pública.

Pois, trata-se de um projeto que corrobora com as visões lombrosianas de estabelecer um limite entre o que é o bom cidadão e o que é mau cidadão, atribuindo uma visão que beira a patologia, pois impõe o viés de ser uma veia inerente ao cidadão – o que justifica qualquer ação estatal sob a premissa de ser em prol da defesa social (PAULA, 2007). Outrossim, apresenta-se um projeto, que vem sendo bem-sucedido, de construir um discurso que em muito se assemelha ao que lombroso discorre sobre o criminoso nato, imputando que é inerente à certa parte da população, usualmente negra, práticas criminosas como o uso de cannabis.

Para Castilho (2009), trata-se de ação estatal e não estatal de manutenção de relações de poder pautadas no racismo, que vai além das políticas criminais estatais, chegando ao aparato midiático que corrobora para esse discurso. Isto, posto, é necessário ter em mente que o combate ao tráfico é algo que não é um movimento puramente brasileiro, é resultado de um movimento internacional que

Em seu texto, insiste-se na utilização de termos bélicos, como “guerra às drogas”, “combate” aos traficantes, repressão e “eliminação” nas leis penais. A associação explícita entre o tráfico ilícito de drogas e as “organizações criminosas” também reforça esse modelo, pois se considera que estas teriam como objetivo “minar as economias lícitas e ameaçar a segurança e a soberania dos Estados”, além de “invadir, contaminar e corromper as estruturas da Administração Pública...”. O apelo à guerra era emocional e mesmo irracional. Foi com base neste último instrumento de 1988 que se internacionalizou de forma definitiva a política americana de “guerra às drogas” (CASTILHO et al, 2009, p. 19).

Logo, é possível perceber que a guerra que foi construída pelo Estado para fins de combate às drogas se trata mais de um artifício de controle e manutenção de poder do que uma questão sanitária. Isto posto, é necessário que haja crítica e debate sobre a temática aqui abordada, pois as ações estatais são passíveis de crítica por parte de seus administrados e devem ser vistos que devem visar eficiência e o bem coletivo, não o interesse de determinadas camadas sociais.

5 DISCUSSÃO DE TEMA

A criminalização de questões pautadas na cultura que é atribuída para a população negra deveria ser uma pauta constante de estudiosos do Direito Penal, pois se trata de esfera do direito que versa sobre normas que poderão dar ensejo à privação de liberdades e direitos da população. Uma vez que foi verificado acima que não há justificativa científica, pautada em pesquisas empíricas realizadas por especialistas em saúde, que deem vazão para a reprimenda e dureza que é importada para o combate às drogas, resta concluir que a sua motivação é para além da necessidade da construção do inimigo comum.

Para além da legitimação da violência estatal, é importante pautar o racismo enquanto motivador do prolongamento do combate ao porte e uso de cannabis, visto que foi assim que se originou no âmbito brasileiro. O Estado brasileiro, portanto, se vale dessa previsão, no âmbito pós-abolicionista, para ainda atender e estar a serviço dos interesses da classe dominante – que é predominantemente racista e elitista (BATISTA, 2011).

Outrossim, conforme foi visto durante o trabalho, houve a construção do inimigo em comum, através da conhecida “Guerra às Drogas”, que iniciou com a criminalização do porte da cannabis enquanto forma de manter as populações recém liberta na marginalidade. Hodiernamente, trata-se de um mecanismo que perpetua estigmas acerca do criminoso – o que é explicado e debatido por escolas criminológicas. Pois, não é natural, não há nenhum tipo de evidencia científica, a não ser a construída socialmente, de que algum tipo de perfil possui predisposição para a criminalidade.

Isto posto, entende-se que o tema aqui debatido diz mais respeito ao discurso de defesa social que busca legitimar o Direito Penal, não importando a que custo, do que questões de saúde pública como é vendido. Por isso, aponta-se que deve ser amplamente debatida e questionada toda naturalização de criminalização de determinadas condutas que acarretam em mortes e estigmatização de determinados grupos sociais por séculos.

6 CONCLUSÃO

Após toda a construção conceitual e teórica que foi feita durante o trabalho, é possível compreender que nenhuma ação estatal está isenta de movimentos e motivações de particulares que exercem influência monetária sobre os poderes. Por isso, é necessário que haja um olhar crítico sobre a construção de políticas estatais, especialmente sobre as políticas criminais contra as drogas que possuem impactos sobre diversas vidas.

Não obstante, compreendeu-se que as escolas da criminologia, por vezes, não deixam passar despercebidos os avanços e construções do Estado no que tange a construção de discursos que visam perpetuar relações de poder que são pautadas na discriminação e determinismo. É imperioso destacar que esses discursos não cabem mais

na realidade hodierna, pois caminha-se, ou pelo menos devemos caminhar, em direção a um Estado de equidade – principalmente em matéria penal.

Por isso, entende-se que as políticas públicas criminais voltadas para o combate às drogas devem ser revisadas, criticadas e amplamente discutidas com os mais diversos setores da sociedade. Para tanto, é necessário valer-se dos discursos e críticas produzidos pelas escolas criminológicas que já trilharam esse caminho e ainda buscam que o Estado se reconstrua, em matéria penal, visando que o sistema penal seja legitimado, ou até mesmo extinto – posto que não deve servir somente a interesses burgueses. Pois, o Estado, idealmente falando, é feito para fins de ordem social, e não de segregação social – sendo a Guerra às Drogas, após todo o estudo apontado anteriormente, apenas uma extensão do controle social dos corpos que são considerados indesejados para as classes dominantes.

REFERÊNCIAS

BARATA, Alexandre. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CARVALHO, Jonatas Carlos de. **Regulamentação e criminalização das drogas no Brasil: a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; et ali (org.). **Série Pensando o Direito: Tráfico de Drogas e Constituição**. Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro/Universidade de Brasília: Rio de Janeiro/Brasília, 2009.

HAYWARD, Keith; FERRELL, Jeff. Possibilidades insurgentes: As políticas da criminologia cultural. **Sistema Penal & Violência**, v. 4, n. 2, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1986.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2009.

MACHADO, Roberto. **Foucault, a ciência e o saber**. Ed. digital. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2012.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 8ªed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAULA, G. **O ensino de criminologia na formação policial**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2007.

OLIVEIRA, Lucas Lopes; SILVA, Luciano Nascimento. Deslegitimação da criminalização da maconha a partir da criminologia cultural: alguns apontamentos criminológicos em defesa de uma regulamentação dos usos culturais da Cannabis no Brasil. **Humanidades & Inovação**, v. 7, n. 4, p. 88-99, 2020.

SAAD, Luísa Gonçalves. **“Fumo de Negro”**: a criminalização da maconha no pós-abolição. Salvador: Edufba, 2019. 165 p.

SOUZA, Jorge Emanuel Luz de. **Sonhos da diamba, controles do cotidiano**: uma história da criminalização da maconha no Brasil Republicano. 2012. 193 f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

WACQUANT, Loïc. Punir os Pobres. **A nova gestão da miséria dos Estados Unidos**. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

A APLICABILIDADE DA LEI Nº 14.188/2021 E AS POLÍTICAS PÚBLICAS ADOTADAS PARA COIBIR A VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA NA CIDADE DE AÇAILÂNDIA – MA

LUANA THAIS SANTOS CARVALHO:

Acadêmica do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA/IESMA.

TANIRA ALVES NOVAES DE OLIVEIRA⁹⁹

(orientadora)

RESUMO: A alteração legislativa promovida pela Lei nº 14.188/2021 na Lei Maria da Penha e no Código Penal representou um grande avanço na luta pelo direito das mulheres ao incluir o programa de cooperação sinal vermelho contra a violência doméstica como uma das medidas de enfrentamento desse mal e por incluir um novo tipo penal que visa resguardar a saúde psicológica da vítima. Entretanto, a lei ainda é ínfima ao tratar sobre a temática, visto que a judicialização do agressor e sua punição não são suficientes para interromper o ciclo da violência. Nesse sentido, o estudo apresentado possui o objetivo de reforçar a necessidade da criação e promoção de políticas públicas que garantam a efetividade da lei no município de Açailândia/MA, para que as mulheres possam identificar os abusos sofridos e sejam devidamente amparadas após tantos traumas. Diante disso, a metodologia utilizada para tanto trata-se da abordagem qualitativa e revisão bibliográfica, uma vez que a pesquisa se fundamenta na legislação vigente, doutrina jurídica e em artigos científicos encontrados nas bases de dados como o Google Acadêmico, Scielo e Capes. Dessa forma, foi possível concluir que, embora a legislação brasileira tenha inovado ao criminalizar a violência psicológica em suas especificidades, faz-se necessário garantir que além de punir o agressor, a vítima também tenha acesso a uma rede de proteção e amparo social com psicólogos, psiquiatras e médicos, e ainda, aos meios jurídicos gratuitos disponíveis para ser afastada desse ciclo de uma vez por todas.

Palavras-Chave: Lei nº 14.188/2021. Violência psicológica. Medidas protetivas. Políticas públicas. Violência doméstica.

Abstract: The legislative change promoted by Law nº 14.188/2021 in the Maria da Penha Law and in the Penal Code represented a great advance in the fight for women's rights by including the red light cooperation program against domestic violence as one of the measures to face this evil and for including a new criminal type that aims to protect the

⁹⁹Professora orientadora do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA/IESMA, especialista em Direito Penal.

psychological health of the victim. However, the law is still insignificant when dealing with the subject, since the judicialization of the aggressor and his punishment are not enough to interrupt the cycle of violence. In this sense, the presented study aims to reinforce the need to create and promote public policies that guarantee the effectiveness of the law in the municipality of Açailândia/MA, so that women can identify the abuses they have suffered and be properly supported after so many traumas. Therefore, the methodology used for this is the qualitative approach and literature review, since the research is based on current legislation, legal doctrine and scientific articles found in databases such as Google Scholar, Scielo and Capes. In this way, it was possible to conclude that, although Brazilian legislation has innovated by criminalizing psychological violence in its specificities, it is necessary to ensure that in addition to punishing the aggressor, the victim also has access to a social protection and support network with psychologists, psychiatrists and doctors, and also to the free legal means available to be removed from this cycle once and for all.

Keywords: Law No. 14.188/2021. Psychological violence. Protective measures. Public policy. Domestic violence.

1 INTRODUÇÃO

A alteração legislativa promovida pela Lei nº 14.188, publicada em 28 de julho de 2021, instituiu o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), e no Código Penal Brasileiro, ao alterar a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, criando o tipo penal de violência psicológica contra a mulher.

A positivação do aludido tipo penal criminalizou o comportamento de causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação (BRASIL, 2006).

Todavia, a referida legislação apresenta uma lacuna ontológica em relação ao modo de como a vítima identificará os abusos sofridos e as ações a serem tomadas após a punição do agressor, visto que a violência psicológica é, muitas vezes, invisibilizada no âmbito social, por ser uma agressão silenciosa que não apresenta marcas corporais na vítima como a violência física e sexual. Além disso, as vítimas também não possuem o apoio devido para denunciar e procurar ajuda para se desvencilhar do agressor, seja pela

dependência afetiva e financeira ou pelo descaso governamental perante a situação em que a vítima se encontra.

Uma das principais marcas dessa violência é a relação desigual de poder entre o autor e a vítima, visto que não há violência doméstica sem violência psicológica, o agressor a conduz à submissão, causando-lhe dependência emocional e diversos transtornos psicoemocionais, fragilizando toda a estrutura psíquica, física e social da mulher. Em conformidade com o Atlas da Violência de 2021, a violência psicológica corresponde a 32% dos atendimentos de vítimas em unidades de saúde de todo o Brasil (FBSP, 2020).

O isolamento social estabelecido como medida de prevenção ao novo coronavírus também corroborou com o crescimento deste percentual, ao restringir a mulher ao espaço privado, aumentando expressivamente sua vulnerabilidade, a violência doméstica e o feminicídio. Evidencia-se, dessa maneira, a importância em discutir as novas medidas de enfrentamento contra a violência psicológica no âmbito doméstico, como forma de erradicar e dirimir essa problemática enraizada na sociedade, garantindo sua eficácia normativa.

A metodologia utilizada para tanto trata-se da abordagem qualitativa, uma vez que a pesquisa lida com interpretações das realidades sociais e evita números estatísticos, de modo a verificar maior familiaridade com a temática discutida (BAUER; GASKEL 2015, p. 23). E constitui-se, portanto, como uma abordagem adequada para discutir a invisibilidade da violência psicológica contra a mulher no âmbito doméstico e as implicações jurídicas e sociais da Lei nº 14.188/2021, reforçando a necessidade da criação e promoção de políticas públicas que garantam a efetividade e aplicabilidade do referido dispositivo no município de Açailândia/MA.

Em relação aos objetivos, a pesquisa possui cunho exploratório, uma vez que foi essencial conhecer a nova legislação apresentada, bem como, sua natureza, a forma como se constitui, as características e processos que dela fazem parte (LAKATOS; MARCONI, 2010). No que se refere ao procedimento técnico utilizado, a revisão literária do estudo denomina-se bibliográfica, por se basear no entendimento da legislação vigente, na doutrina jurídica e em artigos científicos, livros e periódicos encontrados em bases de dados como o Google Acadêmico, Scielo e Capes.

Assim, pretendeu-se discutir inicialmente sobre a desigualdade de gênero e a legislação brasileira, com o propósito de compreender o contexto histórico-jurídico da violência contra a mulher no Brasil. Em seguida, abordaram-se as alterações legislativas promovidas pela Lei nº 14.188/2021 no Código Penal Brasileiro e na Lei Maria da Penha, a fim de observar suas implicações jurídicas e sociais. E, por fim, buscou-se acentuar a

importância das políticas públicas e ações integradas em vigor no município de Açailândia/MA para o combate à violência contra a mulher.

2 O CONTEXTO HISTÓRICO-JURÍDICO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

Inicialmente, conceitua-se violência como o ato de empregar a força física dolosamente ou a intimidação moral, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação (KRUG et. al., 2002). Juridicamente, essa ação pode ser compreendida como o constrangimento moral ou físico exercido sobre alguém, que obriga essa pessoa a fazer o que lhe é imposto. Ainda assim, a caracterização da violência varia de acordo com a sociedade, seus desdobramentos histórico-jurídicos, cultura e costumes.

A violência contra mulher ocorre de forma absurda em todo Brasil. Dentre os mais variados tipos de violência contra a mulher existentes, a violência doméstica é uma das formas mais comuns e apresenta um dos maiores índices do país, considerando que a maioria das mulheres são vitimizadas em suas próprias casas, por agressores que são muitas vezes, seus namorados, maridos, cônjuges, ex-namorados e ex-maridos. Dessa forma, observa-se que essa problemática resulta de um sistema de dominação masculina que reverbera a desigualdade de gênero e a inferiorização feminina.

Historicamente a mulher sempre foi alvo de discriminação e violência. Até o século passado, o sistema patriarcal determinava que as mulheres teriam que obedecer aos homens, inicialmente seus pais, e em seguida aos seus maridos. No Brasil, por lei, os homens poderiam atribuir castigos físicos às suas esposas por desobediência e até matá-las, respaldados pelas Ordenações Filipinas e o posterior Código Civil de 1916 implementado em 1917 (COLLING, 2015). Ao traçar uma linha histórica sobre os crimes sexuais no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que a integridade física e sexual da mulher nunca foi uma prioridade.

Apesar da modernidade, a violência contra as mulheres foi reconhecida mundialmente pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como uma questão de saúde pública apenas em 1996 (KISS; SCHRAIBER, 2011). Nesse sentido, medidas de enfrentamento foram tomadas tardiamente, corroborando com o alto índice de violência doméstica contra a mulher no Brasil nos últimos anos. A promulgação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) é um exemplo que só entrou em vigor em setembro de 2006, com o objetivo de "criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher..." (BRASIL, 2006).

A referida Lei foi criada e instaurada após uma série de negligências e omissões da justiça brasileira em punir o agressor da mulher que deu o nome à lei, Maria da Penha. À

vista disto, Dias (2013, p.112) menciona que a lei “veio para suprir, com vantagem, essa negligência, pois cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, visando assegurar a integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial da mulher”. Dessa maneira, a Lei Maria da Penha transita por três eixos em que Pasinato resume:

O primeiro eixo trata das medidas criminais, para a punição da violência. Nele estão procedimentos como a retomada do inquérito policial, a prisão em flagrante, preventiva ou decorrente de pena condenatória; a restrição da representação criminal para determinados crimes e o veto para a aplicação da lei 9099/95 a qualquer crime que se configure como violência doméstica e familiar contra a mulher. No segundo eixo encontram-se as medidas de proteção da integridade física e dos direitos da mulher que se executam através de um conjunto de medidas protetivas com caráter de urgência para a mulher aliado a um conjunto de medidas que se voltam ao seu agressor. Integram também esse eixo as medidas de assistência, o que faz com que a atenção à mulher em situação de violência se dê de forma integral, contemplando o atendimento psicológico, jurídico e social. Finalmente, no terceiro eixo, estão as medidas de prevenção e de educação, compreendidas como estratégias possíveis e necessárias para coibir a reprodução social da violência e da discriminação baseadas no gênero (PASINATO, 2010, p. 220).

Vale ressaltar as diferentes facetas que existem, como a violência física, sexual, psicológica, patrimonial e moral, violências essas que muitas vezes se tornam fatais para a mulher. No ano de 2021, por exemplo, a cada 7 horas uma mulher foi vítima de feminicídio no Brasil, conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2021). Todavia, não são apenas as marcas físicas que se referem ao ato de violência, mas também o ciúme obsessivo, excesso de cuidado, temperamento forte, manipulação, insultos, isolamento social, distorção de fatos, inferiorização, ameaças, entre outros que muitas vezes passam despercebidos, visto que é nas entrelinhas que se inicia o agravante.

A violência psicológica traz consequências emocionais gravíssimas, considerando que “as marcas de uma agressão física acabam desaparecendo ao passo que as ofensas às humilhações deixam marcas indeléveis” (HIRIGOYEN, 2006, p. 173). Assim, a Lei Maria da Penha, em seu artigo 7º, inciso II, define a violência psicológica 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 (BRASIL, 2006, n.p.).

Em sua dissertação de mestrado a respeito da violência psicológica, Fernanda Mariani Lorga (2011) salienta sobre os obstáculos em identificar e captar essa violência considerando que seus limites não são específicos devido à subjetividade que esse tema carrega. As próprias vítimas ficam à mercê dessa situação, pois elas mesmas não conseguem identificar quando estão sendo agredidas psicologicamente. Vale ressaltar também que o maior medo das vítimas não é a agressão em si, mas sim a convivência de terror e medo constante no dia a dia domiciliar (SILVA, et. al., 2015). Nesse sentido, a violência psicológica é:

Toda forma de rejeição, depreciação, discriminação, desrespeito, cobrança exagerada, punições humilhantes e utilização da pessoa para atender às necessidades psíquicas de outrem. É toda ação que coloque em risco ou cause danos à autoestima, à identidade ou ao desenvolvimento da pessoa [...] (FBSP, 2020, on-line).

Verifica-se, portanto que uma das principais marcas dessa violência é a relação desigual de poder entre o autor e vítima. Não há violência doméstica sem violência psicológica, o agressor a conduz à submissão, causando-lhe dependência emocional. Tal violência é frequente. Em conformidade com o atlas de violência de 2021, a violência psicológica corresponde a 32% dos atendimentos de mulheres vítimas de violência em unidades de saúde de todo o Brasil (FBSP, 2020).

Em outra pesquisa, de base domiciliar, realizada pelo Ministério da Saúde em parceria com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), foi possível verificar que a violência psicológica era preponderante entre as vítimas mulheres, superando até mesmo a violência física, com 1.164.159 incidências (RAMOS e ROSA, 2021). O ciclo da violência descrito por Lenore Walker, em sua obra intitulada *The Battered Woman* (A mulher maltratada), se caracteriza por fases, nem sempre fáceis de se detectar, nem sempre ocorrendo da mesma forma com todas as mulheres, e que se mesclam com fatores sociais, culturais e individuais que dificultam a segurança desta mulher (WALKER, 1979).

A primeira fase é aquela em que o agressor tem acessos de raiva e responsabiliza a mulher; a segunda fase são as agressões, que podem ser físicas ou psicológicas, e a mulher pode apresentar sintomas de estresse pós-traumático. E por fim, a terceira fase é do

arrependimento do homem, em que promete não agir novamente da forma em que agiu. O aludido ciclo pode se repetir várias vezes e, cada vez, agrava-se em intervalos de tempos menores e normalmente termina com a morte da vítima. Diante disso, ressalta-se que este ciclo é alimentado pela violência psicológica em todas as etapas e em razão da ausência do devido amparo, a vítima não consegue se libertar do relacionamento abusivo.

3 ASPECTOS GERAIS SOBRE A LEI Nº 14.188/2021

Embora a Lei Maria da Penha tenha sido um avanço imprescindível para o ordenamento jurídico brasileiro, bem como para o direito das mulheres, a legislação não trouxe tipos penais incriminadores e, em que se pese a violência psicológica ter sido elencada no artigo 7º na redação da referida Lei e constituir uma violação aos direitos humanos, até o ano de 2021, era o único tipo de violência que não configurava um tipo penal específico no Código Penal Brasileiro, nem ao menos uma contravenção penal segundo a Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688/1941).

Em virtude disso, com a falta de um tipo penal incriminador específico, à luz do princípio da legalidade, a prática de violência psicológica contra a mulher de forma isolada não gerava um processo para o agressor, por não haver um tipo penal específico para enquadrá-lo. Além disso, por este motivo, as medidas protetivas de urgência não eram cabíveis. Todavia, após o estudo da magistrada Ana Luisa Schimdt Ramos que contribuiu demasiadamente com esta temática, foi possível compreender ser possível enquadrar o agressor no crime de lesão corporal, visto que a Organização Mundial da Saúde (OMS) assevera que o conceito de saúde engloba tanto o bem estar físico, como o bem estar psicológico (ROSA; RAMOS, 2021).

O juiz Marcelo Volpato, em processo que correu sob sigilo de justiça, condenou em sete anos de detenção por lesão corporal por dano psíquico, dano qualificado e maus-tratos contra idoso, um senhor que durante cinco anos, praticou insultos e agressões verbais contra sua esposa, além de isolá-la da família e amigos, privar seu sono, mantê-la em local insalubre por muitos anos e não ter prestado auxílios médicos quando a mesma havia quebrado o fêmur (TJSC, 2019). Embora as condutas sejam evidentemente abusivas, a vítima negava que estava sofrendo algum tipo de violência (por não a reconhecer), mas, após ser submetida a uma perícia psicológica, constatou-se no laudo que estava sofrendo tortura psicológica diária.

Diante disso, observa-se a importância da recente alteração legislativa promovida pela Lei nº 14.188/2021 publicada em 28 de julho de 2021, que criou o tipo penal que criminaliza a violência psicológica contra a mulher. Apesar de o crime ter sido incluído na Seção dos Crimes contra a Liberdade Pessoal, o tipo penal visa resguardar não somente a liberdade da mulher, como também a sua saúde, sendo, neste caso, a saúde psicológica.

Assim, qualquer ato que vise controlar as ações de uma mulher ou que lhe cause danos emocionais, seja no âmbito doméstico ou não, o crime de violência psicológica será tipificado. Desse modo, faz-se necessário discutir, consoante ao tópico seguinte, as alterações legislativas decorrentes da Lei nº 14.188/2021 na Lei Maria da Penha e no Código Penal Brasileiro.

3.1 As alterações legislativas decorrentes da Lei nº 14.188/2021 na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)

A recente alteração legislativa promovida pela Lei nº 14.188/2021 instituiu o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). A iniciativa legislativa se deu em razão da preocupação com a ampliação de mecanismos para a mulher sinalizar a prática de violência contra si, conclamando instituições públicas e entes privados a cooperarem com o fim de não apenas albergar a pessoa nessa posição, mas protegê-la e encaminhá-la a atendimento especializado.

Dessa forma, com o advento da Lei, agora há a possibilidade de as mulheres denunciarem violência por meio do código “sinal em formato de X”, preferencialmente feito na mão e na cor vermelha (art. 2º, parágrafo único da Lei nº 14.188/2021). Para concretizar esse direito, a legislação autoriza integração entre o Poder Executivo, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, os órgãos de segurança pública e as entidades privadas (art. 2º da Lei nº 14.188/2021).

Na forma do mesmo artigo, os órgãos mencionados no *caput* deverão estabelecer um canal de comunicação imediata com as entidades privadas de todo o País participantes do programa, a fim de viabilizar assistência e segurança à vítima, a partir do momento no qual for efetuada a denúncia. Convém colacionar os dispositivos para eventual consulta:

Art. 2º Fica autorizada a integração entre o Poder Executivo, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, os órgãos de segurança pública e as entidades privadas, para a promoção e a realização do programa Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como medida de ajuda à mulher vítima de violência doméstica e familiar, conforme os incisos I, V e VII do *caput* do art. 8º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

Parágrafo único. Os órgãos mencionados no *caput* deste artigo deverão estabelecer um canal de comunicação imediata com as entidades privadas de todo o País participantes do programa, a fim de viabilizar assistência e segurança à vítima, a partir do momento

em que houver sido efetuada a denúncia por meio do código "sinal em formato de X", preferencialmente feito na mão e na cor vermelha (BRASIL, 2021, n.p.).

Verifica-se que o *caput* sinaliza uma autorização e o parágrafo único um dever, distinção relevante não apenas para quem presta concursos públicos, mas também para a própria atuação dos destinatários das normas. Nada obstante, compreende-se a necessidade de realizar uma interpretação restritiva e técnica da expressão, sem expandi-la para albergar os Poderes (Executivo e Judiciário) e Instituições (Ministério Público e Defensoria Pública) citados. Isso porque, efetivamente, são os órgãos de segurança pública que terão condições de concretizar a vontade da norma contida no art. 2º, parágrafo único, alínea citada, qual seja, viabilizar "assistência e segurança à vítima", conforme alude o próprio dispositivo.

Derradeiramente, acerca deste tópico específico, cumpre salientar que o art. 3º da Lei nº 14.188 de 2021 prevê que a identificação do código "sinal em formato de X" poderá ser feita pela vítima pessoalmente em repartições públicas e entidades privadas de todos o País. Naturalmente, para que este sinal seja identificado e possibilite a adoção das medidas necessárias e cabíveis, o mesmo dispositivo prevê que devem ser realizadas campanha informativa e capacitação permanente dos profissionais pertencentes ao programa, visando ao encaminhamento da vítima ao atendimento especializado na localidade.

Percebe-se, dessa forma, a importância da integração dos Poderes com as entidades públicas e privadas para que ocorra a tão sonhada aplicação da Justiça em favor daqueles que mais necessitam; fazer valer a lei no sentido de efetivá-la e não apenas de apresentá-la sem nenhuma organização e motivação à vítima mulher. Ademais, a norma também incluiu uma modificação no artigo 12-C da Lei Maria da Penha, no que se refere o afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física ou **psicológica** da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida (BRASIL, 2021, on-line). (grifo nosso).

Anteriormente à modificação, a diferença entre os dispositivos se relacionava a ausência do critério de existência de risco à integridade psicológica da mulher, como um dos motivos para o juiz, delegado, ou o policial afastarem de imediato o agressor do local de convivência com a vítima, em hipóteses em que a medida protetiva poderia ser ineficaz

no prazo de quarenta e oito horas, se aplicam a situações em que não se tratam de perigo atual ou iminente à vida ou integridade física ou psicológica da mulher.

Deveras, a partir da vigência da Lei nº 14.188 de 2021, não há dúvidas acerca da possibilidade de aplicação da medida citada no dispositivo, nos casos de risco atual ou iminente à integridade física ou psicológica da mulher. Cuida-se, portanto, ao visio de autor, de modificação útil e necessária, por expandir as hipóteses de proteção à mulher, por via das medidas previstas na Lei Maria da Penha.

3.2 As alterações legislativas decorrentes da Lei nº 14.188/2021 no Código Penal Brasileiro

A Lei n.º 14.188/2021 incluiu no Código Penal o artigo 147-B, que tipificou o crime de violência psicológica contra a mulher como a conduta de causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação, cuja redação segue:

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação (BRASIL, 2021).

O novo tipo penal representa um grande avanço para o ordenamento jurídico brasileiro e o direito das mulheres, visto que, conforme mencionado, a ausência de uma tipificação concreta levava ao prejuízo da não responsabilização criminal dos agressores, uma vez que não era possível a formalização de uma acusação ao agressor em respeito ao princípio da taxatividade. O crime de violência psicológica contra a mulher classifica-se como um crime próprio quanto ao sujeito passivo, ou seja, apenas a mulher pode ser vítima nesse tipo penal.

Além disso, a vítima de abuso psicológico está resguardada tanto no âmbito doméstico diante das relações familiares e conjugais, como em todas as outras relações, como as institucionais, em estabelecimentos de saúde ou ensino, em quaisquer outras. Destaca-se que a nova tipificação penal se classifica como um crime de ação pública incondicionada a representação da ofendida, podendo ser a prática denunciada por

qualquer pessoa e, portanto, não depende da anuência da vítima para ser instaurada a perseguição e a ação penal.

O núcleo do tipo penal do crime consuma-se com o resultado “causar dano emocional”. Alguns doutrinadores como Rogério Sanches e Valéria Diez afirmam que o agente será punido ao agir com dolo ou culpa, apesar de não constar expressamente no tipo penal. Os referidos doutrinadores asseveram que o dano emocional pode ser definido como “um sofrimento emocional significativo, angústia”, caracterizando o crime de violência psicológica, enquanto o dano psíquico provém de uma patologia médica, sendo este característico da lesão corporal – conforme enquadrado no art. 147-B (FERNANDES; ÁVILA; CUNHA, 2021).

Desse modo, constata-se que não é necessário submeter a vítima a uma perícia psicológica no caso de violência doméstica. Apesar de haver poucas obras e artigos jurídicos acerca do tema, o entendimento majoritário é de que ambos os casos, o dano ou a lesão, devem ser atestados por meio de laudo psicológico ou psiquiátrico, além das devidas provas acerca do nexo de causalidade, ou seja, devem constar provas de que a conduta do agente gerou tal resultado, culposa ou dolosamente.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento do doutrinador Alexandre Zamboni, ao se referir ao crime previsto no art. 147-B do Código Penal: “isso fará com que a dilação probatória na investigação e/ou processo deste crime seja bastante densa, além do que acabará por criar uma demanda enorme por serviços de psicologia e/ou psiquiatria para a confecção desses laudos” (ZAMBONI, 2021, online).

Entretanto, conforme a advogada e psicóloga Sátina Pimenta, o ciclo da violência inicia-se com a violência psicológica e criminalizar tal conduta faz com que o mesmo se quebre em suas fases iniciais, não permitindo, portanto, o momento da agressão física e conseqüentemente, a morte da vítima (PIMENTA, 2021). Noutro giro, a referida legislação também positivou nova qualificadora para o crime de lesão corporal, inserindo no Código Penal o art. 129. § 13, *in verbis*. Se a lesão for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código (BRASIL, 2021).

Ao ferir a integridade mental de uma mulher, o agressor estará enquadrado na parte final do art. 129 do Código Penal, “ofender a saúde de outrem” cabendo, caso a caso, enquadrar no tipo penal de lesão corporal sofrida em leve, grave ou gravíssima (BRASIL, 1940). O código penal brasileiro expõe que o crime de lesão corporal de natureza simples, possui uma aplicabilidade e análise feita pelo Juizado Especial Criminal, ocasião em que muitas vezes, cabe a transação penal, sendo vantajoso ao réu.

Para que não existam dúvidas com referência à aplicabilidade do crime de lesão corporal cometido pelo réu contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, acertadamente, o legislador trouxe uma pena diferenciada, não havendo dúvidas de que não cabe, em hipótese alguma, a interferência da Lei nº 9.099/95 no presente caso, já que a pena máxima do crime é de 04 anos, o que proíbe de forma expressa a aplicação do referido procedimento comum sumaríssimo ao presente caso. Dessa forma, percebe-se o quão admirável foi a alteração trazida pela nova legislação, visto que não há nenhuma forma de seguir um rito totalmente diverso daquele já mencionado na Lei Maria da Penha.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS ADOTADAS PARA COIBIR A VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA NO MUNICÍPIO DE AÇAILÂNDIA – MA

O presente tópico possui o objetivo de expor algumas das políticas públicas implementadas para coibir a violência psicológica no município de Açailândia/MA. Primeiramente, oportuno faz-se esclarecer que a cidade de Açailândia localiza-se no interior do estado do Maranhão, com a distância de 445,27 km da capital maranhense, São Luís/MA. O município é o oitavo mais populoso do estado e possui a estimativa de 113.783 mil habitantes (IBGE, 2021).

Em conformidade com os últimos dados do Ministério Público do Maranhão (MPMA), 8.882 processos de violência contra a mulher foram registrados no estado maranhense durante o ano de 2020. Em sua totalidade, 4.927 casos referem-se a medidas protetivas; 2.351 são denúncias de violência doméstica; 1.823 ameaças, além de outros delitos em menor quantidade. Entre os municípios do estado que registram os maiores índices de violência, encontram-se: São Luís com 4.908 processos; Imperatriz com 1.662; São José de Ribamar com 548; Paço do Lumiar com 284 e Açailândia com 274 casos (LIMA, 2021).

Até o primeiro semestre de 2021, a Polícia Civil do Maranhão (PCMA) registrou 2.757 casos de violência física; 558 de violência sexual, 7.052 casos de violência psicológica e ameaças, não havendo registros da quantidade de casos de violência patrimonial ocorridas no estado (PCMA, 2021). Evidencia-se dessa forma que, entre todas as violências, a psicológica é a que mais se destaca, apresentando um quadro alarmante para a população maranhense. Compreende-se que a violência psicológica é a primeira a se manifestar dentro de um relacionamento abusivo e está presente em todas as etapas do ciclo de violência.

Nesse raciocínio, de acordo com Ferreira (2010), este tipo de violência encontra-se nas fases de: a) tensão; b) agressão; c) desculpas; e d) reconciliação. Todas essas etapas se repetem na medida em que acontece uma determinada violência gerando danos psicoemocionais nas vítimas. Assim, ressalta-se que, diferente da violência física que envolve agressões corporais, a violência psicológica é praticada por meio de agressões

verbais, gesto e olhares, e é por meio desses atos que o agressor consegue diminuir a autoestima da mulher, manipular, limitar, chantagear, amedrontando-a e causando-lhe preocupações constantes, ferindo seu direito de existência (SILVA; COELHO; CAPONI, 2007).

As consequências da violência psicológica são capazes de comprometer toda a estrutura psíquica, física e social da mulher. De acordo com os autores Silva et. al. (2015), a vítima perde o interesse em cuidar-se, afasta-se de seus amigos e familiares, sente-se constantemente cansada, mentalmente esgotada, tendo perdas significativas em sua qualidade de vida. Em conformidade com uma pesquisa de campo realizada por Fonseca, Ribeiro e Leal (2012), a maioria das vítimas de violência doméstica negam a situação, encobrem, escondem, não demonstram em público, não saem de casa, limitam-se socialmente restringindo as amizades, vivendo praticamente em condições de isolamento.

Em desarmonia consigo mesmas, sofrem caladas, sem coragem de compartilhar as vivências sofridas e essas implicações as tornam vulneráveis, ficando mentalmente fragilizadas, o que pode ocasionar doenças psicossomáticas como depressão, ansiedade e outros males. Os efeitos da violência psicológica são impedimentos muito penosos para uma mulher que lida com a rejeição diariamente, escuta o tempo todo que não vale nada, é xingada e menosprezada. Por ter seu psicológico e autoestima abaladas, a vítima possui dificuldade em compreender que a situação de agressão não é natural, não faz parte de um relacionamento saudável e que não deve aceitar.

Embora a legislação brasileira tenha inovado ao criminalizar a violência psicológica em suas especificidades, faz-se necessário que além de punir o agressor, a vítima também tenha acesso a uma rede de proteção e amparo social com uma equipe multidisciplinar composta por psicólogos, psiquiatras e médicos, e ainda, os meios jurídicos gratuitos disponíveis para ser afastada desse ciclo violento de uma vez por todas. Além disso, na situação comum em que a vítima não tenha para onde ir ao ser afastada, também é necessário que seja oportunizado à mesma, um abrigo temporário, com as devidas assistências materiais, rompendo dessa forma, parte da dependência da vítima pelo agressor.

Em conformidade com a Lei Maria da Penha, é dever do poder público desenvolver medidas políticas que visem garantir e resguardar os direitos humanos das mulheres no âmbito doméstico e familiar (BRASIL, 2006). Nesse viés, a referida lei também assegura os serviços da Defensoria Pública às vítimas, além do amparo da assistência judiciária gratuita que facilita a propositura de ações contra o agressor na seara cível, criminal, entre outras (BRASIL 2006). A lei institui a criação de juizados especiais com competência para processar

e julgar, nos âmbitos criminais e cíveis, as práticas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Dependendo da Lei Orçamentária, há ainda, a possibilidade de amparo às vítimas por meio do atendimento especializado com profissionais das mais variadas áreas, como saúde, psicossocial e jurídica. Como exemplo, tem-se as delegacias especializadas de atendimento à mulher (DEAMs), as quais se denominam como unidades especializadas da Polícia Civil voltadas para o atendimento da mulher em situação de violência, que possuem, dessa forma, caráter preventivo e repressivo (OMV, 2022).

A Delegacia da Mulher no município de Açailândia localiza-se no centro da cidade e possui constantemente ações de prevenção, apuração e investigações de casos de violência em seus variados tipos, pautadas no respeito pelos direitos humanos e pelos princípios do Estado Democrático de Direito. O advento da Lei Maria da Penha permitiu que as DEAMs desempenhassem funções como: a expedição de medidas protetivas de urgência ao juiz no prazo máximo de 48 horas e o encaminhamento da vítima ao atendimento médico, se necessário.

O Centro de Referência e Atendimento à Mulher (CRAM) de Açailândia também é um espaço de encaminhamento e orientação, que garante às mulheres em situação de violência sejam atendidas de forma adequada, com equipe especializada. O local disponibiliza para as assistidas um serviço de atendimento psicológico e social no combate às diferentes formas de violência contra a mulher. Além dos centros físicos, a vítima ou testemunha também pode realizar uma denúncia por meio de uma Delegacia Online que pode ser acessada em qualquer lugar do Maranhão, assim como o aplicativo "Salve Maria Maranhão", que pode ser acionado em todos os municípios do Estado. Após a denúncia, uma viatura da PM dirige-se de imediato ao local do abuso para que a vítima seja amparada.

Em relação às vítimas que necessitam ser afastadas do agressor, destacam-se as casas-abrigos e as casas de acolhimento provisório. As casas-abrigos são locais seguros que oferecem moradia protegida e atendimento integral às mulheres em risco de morte iminente em razão da violência (OMV, 2022). Constitui-se, portanto, em um serviço sigiloso e temporário, em que as vítimas permanecem por determinado período, durante a qual é necessário reunir condições mínimas para retomar o curso de suas vidas.

Por outro lado, as casas de acolhimento provisório tratam-se de abrigos temporários de no máximo quinze dias, não sigilosos e destinam-se às mulheres acompanhadas ou não de seus filhos que não correm risco eminente de morte. Vale lembrar que as casas de acolhimento provisório não se limitam apenas ao atendimento de mulheres em situação de violência doméstica e familiar, mas também acolhem mulheres que sofrem outros tipos específicos de violência, como o tráfico de mulheres.

Apesar do município de Açailândia não haver casas-abrigos e casas de acolhimento provisório estas apresentam-se como uma das políticas públicas mais importantes ao enfrentamento à violência contra a mulher e devem ser urgentemente implantadas, tendo em vista suas finalidades de garantir a integridade física e emocional da vítima, assim como o diagnóstico e acompanhamento psicológico da mulher para o encaminhamento necessário.

Dentre as redes de apoio existentes na cidade de Açailândia, destaca-se a Rede de Proteção à mulher, realizada pelo apoio das instituições públicas que a compõem, como o Ministério Público do Maranhão por meio da Escola Superior do Centro de Apoio Operacional de Enfrentamento à Violência de Gênero – CAOP/Mulher e das promotorias de justiça da cidade. De acordo com o Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA), a rede de proteção à mulher corresponde à:

(...) atuação articulada entre as instituições/serviços governamentais, não-governamentais e a comunidade, com o objetivo de desenvolver estratégias de prevenção e políticas que garantam o empoderamento das mulheres e seus direitos humanos, a responsabilização dos autores de violência e a assistência qualificada às mulheres em situação de violência (TJMA, 2021, online).

A rede de atendimento, por sua vez, é formada por um conjunto de ações e serviços de diferentes setores (em especial, da assistência social, da justiça, da segurança pública e da saúde), que visam à ampliação e à melhoria da qualidade do atendimento; à identificação e ao encaminhamento adequado das mulheres em situação de violência (TJMA, 2021). Os referidos atendimentos possuem como objetivo contribuir com o aprimoramento da estrutura e das políticas do Poder Judiciário na área do combate e da prevenção à violência contra as mulheres nos municípios do Maranhão.

Ademais, não se pode deixar de mencionar as políticas públicas de auxílio oferecidas no estado, como a entrada em cursos profissionalizantes, que colaboram demasiadamente para que a mulher consiga um espaço no mercado de trabalho, criando sua própria verba e saindo dos casos de dependência. Assim, percebe-se a importância da implementação de políticas públicas de assistência integral às mulheres em situação de violência e o papel conjunto do poder público e sociedade, visto que além do incentivo de ações integrativas, a prevenção e o combate à violência contra a mulher também dependem da conscientização da coletividade para que a violência seja desconstruída e deslegitimada desde sua raiz.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, depreende-se que a violência psicológica se constitui como uma das violências mais perigosas, em razão de ser, muitas vezes, o ponto de partida de um relacionamento abusivo e estar sempre atrelada a outros tipos de agressões. O fato de ser uma violência frequentemente normalizada e tida como uma cultura e costume, conforme foi possível evidenciar no contexto histórico-jurídico da violência contra a mulher no Brasil, dificulta a identificação do abuso pela vítima e corrobora com as práticas reiteradas de violência, confundindo a mulher e fazendo com que a mesma não consiga procurar ajuda para se desvencilhar do agressor.

Nesse sentido, a promulgação da Lei nº 14.188/2021 representou um avanço significativo aos direitos das mulheres, visto que a Lei Maria da Penha não havia trazido tipos penais incriminadores e, embora a violência psicológica tenha sido elencada no artigo 7º na redação da referida Lei e constitua uma violação aos direitos humanos, até o ano de 2021, era o único tipo de violência que não configurava um tipo penal específico no Código Penal Brasileiro, nem ao menos uma contravenção penal segundo a Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/1941).

Assim, o novo tipo penal possibilita a responsabilização criminal concreta do agressor que vise controlar as ações de uma mulher ou que lhe cause danos emocionais, seja no âmbito doméstico ou não. Todavia, não basta que o agressor seja apenas punido, faz-se necessário que a vítima também tenha acesso a uma rede de proteção e o acompanhamento devido por uma equipe multidisciplinar, composta por psicólogos, psiquiatras, médicos e, ainda, os meios jurídicos gratuitos disponíveis para interromper o ciclo da violência por completo.

Dessa forma, observou-se a importância da criação de políticas públicas que incentivem o combate à violência contra a mulher e garantam a efetividade da lei no município de Açailândia/MA. À exemplo dos serviços especializados como os centros de referência, casas-abrigo, casas de acolhimento provisório, delegacias especializadas de atendimento à mulher (DEAMs), núcleos ou postos de atendimento à mulher nas delegacias comuns, defensorias públicas e defensorias da mulher (especializadas), juizados especializados de violência doméstica e familiar, promotorias especializadas, casa da mulher brasileira, serviços de saúde em geral e serviços de saúde voltados para o atendimento de casos de violência sexual e doméstica, entre outros.

Ademais, faz-se necessário que além disso, também sejam difundidos programas educativos, mais políticas públicas de auxílio e rigorosidade legislativa, para que as vítimas possam identificar com mais facilidade que estão em um relacionamento abusivo, mas não somente elas: a sociedade no geral, visto que a violência contra a mulher é uma problemática que não se encerra em uma única alternativa e requer o papel conjunto do poder público e sociedade, soluções contínuas, compromisso e coragem para assumir as implicações que envolvem tal mazela.

REFERÊNCIAS

- BAUER, M.W; GASKELL, G. **Pesquisa Qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático**. Tradução: Pedrinho A. Guareschi. 9. ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 2015.
- BENFICA, Francisco Silveira; Vaz, Márcia. **Medicina Legal**. Porto Alegre: Livraria do ADVOGADO, 2008.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.
- BRASIL. Lei Maria da Penha. **Lei Nº 11.340.7** de agosto de 2006.
- BRASIL. **Lei nº 14.188**, de 28 de julho de 2021.
- COLLING, Ana Maria. O lastro jurídico e cultural da violência contra a mulher no Brasil. **XXVIII Simpósio Nacional de História: Lugares dos Historiadores—velhos e novos desafios, Florianópolis**, 2015.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias: LEI 12.344/10: Regime obrigatório de bens**. Lei 12.398/11: Direito de Visita dos Avós. 9 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FBSP, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, ISSN 1983-7364, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/02/anuario-2020-final-100221.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2022.
- FERNANDES, Valéria DiezScarance; ÁVILA, Thiago Pierobom de; CUNHA, Rogério Sanches. **Violência psicológica contra a mulher: comentários à Lei n. 14.188/2021**. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/07/29/comentarios-lei-n-14-1882021/>. Acesso em: 22 mai. 2022.
- FONSECA, D. H.; RIBEIRO, C. G.; LEAL, N. S. B. **Violência doméstica contra a mulher: realidade e representações sociais**. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010271822012000200008&Ing=pt&nr=iso&tlng=en8. Acesso em: 25 mai. 2022.
- GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- HIRIGOYEN, Marie France. **A Violência no Casal: Da coação psicológica à agressão física**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. Secretarias Estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 2021.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. **Cidades e Estados:** Açailândia - MA, 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/ma/acailandia.html>. Acesso em: 20 set. 2022.

KISS, Lígia Bittencourt; SCHRAIBER, Lilia Blima. Temas médico-sociais e a intervenção em saúde: a violência contra mulheres no discurso dos profissionais. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 16, n. 3, p. 1943-1952, 2011.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Técnica de pesquisa**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LIMA, Barbára. **Maranhão teve 8.882 processos de violência contra a mulher em 2020**, 2021. Disponível em: <https://oestadoma.com/noticias/2021/08/10/maranhao-teve-8-882-processos-de-violencia-contra-a-mulher-em-2020/>. Acesso em: 20 set. 2022.

LORGA, Fernanda Mariani. **A violência que fala mais alto: uma análise do crime de violência psicológica no âmbito doméstico e conjugal, à luz dos ordenamentos jurídicos portugueses e brasileiro**. 2018. Tese de Doutorado. Universidade de Coimbra. Disponível em: Acesso em: 26 mar. 2022.

OMV, Observatório da Mulher contra a Violência. **Serviços especializados de atendimento à mulher**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/acoes-contra-violencia/servicos-especializados-de-atendimento-a-mulher>. Acesso em: 20 set. 2022.

PASINATO, Wânia. Lei Maria da Penha. Novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos? **Civitas- Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 216-232, 2 ago. 2010.

PCMA, Polícia Civil do Maranhão. **Registros de violência contra a mulher no Estado do Maranhão**, 2021. Disponível em: <https://www.policiacivil.ma.gov.br/>. Acesso em: 20 set. 2022.

PIMENTA, Sátina. **Criminalizar violência psicológica quebra o ciclo de violência contra a mulher**. A Gazeta: Vitória, 2021. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/artigos/criminalizar-agressao-psicologica-quebra-ciclo-de-violencia-contra-a-mulher-0721>. Acesso em: 22 mai. 2022.

ROSA, Alexandre Morais da; RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **A criação do tipo de violência psicológica contra a mulher**. Conjur, 2021. Disponível em: www.conjur.com.br/2021-

jul-30/limite-penal-criacao-tipo-violencia-psicologica-mulher-lei-1418821#_ftn17. Acesso em: 25 mai. 2022.

SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. **Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica**. Interface-Comunicação, Saúde, Educação, v. 11, p. 93-103, 2007. Disponível em: Acesso em: 26 mar. 2022.

SILVA, S. de A.; et. al., **Análise da violência doméstica na saúde das mulheres**, 2015. Disponível em: <<http://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-765989>>. Acesso em: 25 mai. 2022.

TJMA, Tribunal de Justiça do Maranhão. **Violência doméstica contra a mulher: o que você precisa saber**, 2021. Disponível em: <https://www.aga.uema.br/wp-content/uploads/2022/04/Viol%C3%Aancia-Dom%C3%A9stica-e-Familiar-contr-a-Mulher-o-que-voc%C3%AA-precisa-saber-1.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

TJSC, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Justiça condena homem por dano psíquico, dano qualificado e maus-tratos**, 2019. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/justica-condena-homem-por-dano-psiquico-dano-qualificado-e-maus-tratos#:~:text=O%20juiz%20Marcelo%20Volpato%2C%20do,e%20maus%2Dtratos%20contra%20idoso>. Acesso em: 20 set. 2022.

WALKER, Lenore. **The Battered Woman (A Mulher Maltratada)**. Nova Iorque: Harper and How, 1979.

ZAMBONI, Alexandre. **Lei 14.188/21**: reflexos na Lei Maria da Penha e no Código Penal. INSTAGRAM, @profalexandrezamboni. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CR6jK7sFJ_n/. Acesso em: 15 mai. 2022.

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA: IMPACTOS DA COVID-19 E PROJEÇÕES FUTURAS

MARCELA PEDROSA BARROS:

Advogada, Pós-graduada em direito público e em direito administrativo e gestão pública.

RESUMO: Este artigo se propõe a abordar os impactos provocados na administração e na gestão pública em virtude da pandemia do vírus COVID-19, dando ênfase ao cenário econômico. Para tanto, necessário se faz analisar o que se entende por gestão pública, bem como as suas particularidades e distinções no que toca à gestão privada. O objetivo é trazer uma visão crítica e instigar os leitores quanto a este tema tão em voga e importante no cenário atual.

ABSTRACT: This article aims to address the impacts caused on public administration and management due to the COVID-19 virus pandemic, emphasizing the economic scenario. Therefore, it's necessary to analyze what is meant by public management, as well as it's particularities and distinctions with regard to private management. The objective is to bring a critical view and instigate readers about this topic that is so in vogue and important in the current scenario.

Palavras-chave: Gestão pública; Administração pública; Prerrogativas; Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado; Limitações; Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público; Orçamento Público; Impactos COVID-19.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1. CONCEITO DE GESTÃO PÚBLICA. 2.2. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO. 2.3. CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO. 2.4. O ORÇAMENTO PÚBLICO BRASILEIRO. 2.5. OS IMPACTOS NA GESTÃO PÚBLICA PROVOCADOS PELA PANDEMIA. 3. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA. 4. METODOLOGIA. 5. ANÁLISE DOS RESULTADOS. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a diagnosticar, mediante os conceitos de administração e gestão públicas, os impactos provocados pela pandemia do vírus COVID-19 nos cofres públicos, bem como as consequências atuais e futuras para os interesses da coletividade.

Para tanto, serão utilizados livros e artigos doutrinários sobre gestão e administração pública, bem como estudos já feitos e projetados por meio de artigos científicos de profissionais da área relacionados à COVID-19 e seus impactos sobre o orçamento público.

Objetiva-se, portanto, instigar os leitores sobre tema de suma relevância à população mundial e, em especial, aos brasileiros, posto que serão esses que sofrerão diretamente os impactos provocados nas contas públicas.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. CONCEITO DE GESTÃO PÚBLICA

De início, importa esclarecer o que se entende por gestão pública, bem como as suas nuances e distinções no que toca à gestão privada.

Em apertada síntese, é possível conceituar gestão pública como o conjunto de conhecimentos e técnicas da Administração voltados para a gestão de setores e instituições públicas. É, portanto, a administração na iniciativa pública, voltada para políticas de relevante interesse coletivo, tais como a asseguarção dos direitos fundamentais de segunda geração como saúde, moradia, trabalho, educação e redução das desigualdades sociais.

Difere-se, logo, da iniciativa privada, primordialmente por ser esta direcionada às atividades econômicas, papel que não incube ao Estado, mormente os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência (vide artigo 173 da Constituição Federal de 1988).

Sabendo-se disso, percebe-se o importante papel desempenhado não apenas pelo Estado, mas também pelos entes da administração indireta, pelos agentes privados delegatários de serviços públicos e entidades do terceiro setor, na consecução da gestão pública, a qual busca, em última análise, o interesse público primário, qual seja, os interesses da coletividade.

A fim de assegurar tão relevantes direitos aos administrados, necessário se faz atribuir-se determinadas garantias à Administração, que amparada pelo supraprincípio da supremacia do interesse público sobre o privado, goza de prerrogativas não extensíveis ao setor privado, as quais serão melhores explanadas no tópico subsequente.

2.2. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

De acordo com a doutrina majoritária, de que é exemplo Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é o princípio geral do direito inerente a qualquer sociedade, e também condição de sua existência, ou seja, um dos principais fios condutores da conduta administrativa.¹⁰⁰ Isso porque, a própria existência do Estado somente tem sentido se o interesse a ser por ele perseguido e protegido for o interesse público, isto é, o interesse da coletividade.

Tal princípio remonta, segundo a doutrina majoritária, a meados do século XIX, quando o direito deixa de ser concebido tão somente como um instrumento de garantia de direitos individuais e passa a focar na consecução da justiça social e do bem comum.

Nota-se, portanto, uma mudança no conceito de Administração Pública patrimonialista e burocrática, que cede espaço para o modelo de Administração gerencial. Este último trata-se de um modelo normativo (baseado em leis), que concentra esforços no controle de resultados da máquina pública.¹⁰¹

O enfoque maior passa a ser, portanto, nos objetivos da administração pública, prezando pela autonomia dos gestores e funcionários públicos. Ademais, verifica-se nesse modelo a flexibilização e descentralização da gestão, reduzindo os níveis hierárquicos que marcaram o modelo burocrático.

A proposta, portanto, passa a ser o incentivo e a internalização na rotina da administração pública de procedimentos que levem em consideração a atuação coletiva (diferentes agentes sociais) na elaboração de políticas públicas e a participação social nos processos de tomada de decisão. Além disso, estimula-se a competição dentro das organizações públicas e entre organizações públicas e privadas a fim de garantir a prestação de serviços com maior qualidade.

Tal mudança pode ser atrelada, de certo modo, ao segundo supraprincípio que rege a Administração Pública, qual seja, a indisponibilidade do interesse público sobre o privado. Segundo esse, sendo os interesses qualificados como próprios da coletividade,

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

¹⁰¹ MAFRA, Francisco. Administração Pública Burocrática e Gerencial. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/administracao-publica-burocratica-e-gerencial/>. Acesso em: 28 de dezembro de 2021.

não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por serem inapropriáveis. Assim, ao órgão administrativo, cabe apenas curá-lo, já que não lhe é propriedade.

2.3. CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

A superação da noção pura e simples de supremacia do interesse público favorece e torna mais efetivo o controle jurisdicional da atividade administrativa, uma vez que impõe ao juiz (guardião da Constituição e das leis) o dever de perquirir acerca da conformação constitucional ou legal das escolhas da Administração Pública, mas agora com base em efetivas justificativas e motivações e não limitado ao quase intransponível dogma da prevalência *prima facie* do interesse público.¹⁰²

Nessa toada, para Celso Antônio Bandeira de Mello, o “interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”. (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 51).

Por outro lado, Marçal Justen Filho propõe uma conceituação negativa de interesse público, ou seja, seria este tudo aquilo que não é interesse privado. Assim, o interesse público não se confundiria com o interesse do Estado, já que este é sim instrumento de realização daquele. O interesse público sequer seria essencialmente de titularidade do Estado, já que existem interesses públicos não estatais, como o caso do chamado terceiro setor. Por outro lado, sob as balizas de uma Constituição republicana e democrática como a nossa, não se pode entender o Estado senão como instrumento de satisfação dos interesses públicos, ou seja, a consecução dos direitos fundamentais, instância última de legitimação da própria estrutura estatal (JUSTEN FILHO, 2005, p. 37).

Do mesmo modo, “nenhum ‘interesse público’ se configuraria como ‘conveniência egoística da administração pública’”, já que o chamado interesse secundário ou interesse da Administração Pública não é público, sendo sequer verdadeiro interesse, mas mera conveniência circunstancial. Nem se confunde com os interesses do agente público, que deve pautar suas ações segundo os interesses da coletividade abstratamente considerada,

¹⁰² CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Para um conceito de interesse público no Estado Constitucional de Direito: algumas considerações. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4454, 11 de setembro de 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42480>. Acesso em: 28 de dezembro de 2021.

e não interesses privados e egoísticos. O Estado “somente está legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 39).

Da análise acima, fica clarividente não ser o interesse público conceito unívoco. Todavia, para melhor compreendê-lo, necessário se faz esclarecer que por interesse público primário se entende o verdadeiro interesse a que se destina a Administração Pública, pois este alcança o interesse da coletividade e possui supremacia sobre o particular. O interesse público secundário, por sua vez, diz respeito tão somente ao interesse patrimonial do Estado, logo, trata-se dos casos em que a atuação estatal se dá em pé de igualdade com os particulares, desprovida, portanto, da supramencionada supremacia.

2.4. O ORÇAMENTO PÚBLICO BRASILEIRO

Segundo Aliomar Baleeiro, o orçamento público é o ato pelo qual o Poder Executivo prevê e o Poder Legislativo autoriza, por certo período, a execução das despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do País, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.¹⁰³

Para tanto, o texto constitucional da Carta Magna de 1988, bem como algumas legislações infraconstitucionais, em especial a Lei n.º 4.320/64 e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000), preveem determinados limites, a fim de assegurar a sustentabilidade das contas públicas.

Ocorre que, o processo de elaboração do orçamento é deveras complexo, em especial em um país populoso como o Brasil, que conta atualmente com aproximadamente duzentos e doze milhões de habitantes.

Nessa toada, ganha relevo o processo de planejamento orçamentário, o qual envolve várias etapas, porém três delas ganham destaque: a aprovação da Lei do Plano Plurianual (PPA), da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA).

Para organizar e viabilizar a ação pública, o PPA declara as políticas e metas previstas para um período de quatro anos, contados a partir do segundo ano de mandato do Chefe do Executivo, assim como os caminhos para alcançá-las. A LDO e a LOA, por sua

¹⁰³ BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução à Ciência das Finanças. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2010, p. 521.

vez, devem estar alinhadas às políticas e metas presentes no PPA, sendo elaboradas anualmente.

Enquanto a LDO determina quais metas e prioridades do PPA serão tratadas no ano seguinte, trazendo obrigações de transparência para o controle social, a LOA é elaborada detalhando os gastos que serão realizados pelo governo: quanto será gasto, em que área (saúde, educação, segurança pública, etc.) e para que.

A ideia, portanto, é finalizar cada exercício com a Lei Orçamentária Anual aprovada para o ano seguinte, ou seja, com todo o detalhamento dos gastos e receitas. Por sua importância e complexidade, tal peça orçamentária é estruturada em três documentos, quais sejam: orçamento fiscal, orçamento da seguridade social e orçamento de investimento das estatais.

Ocorre que, nem sempre é possível se prever todos os gastos que serão necessários ao longo do exercício, em especial aqueles decorrentes de fatos imprevisíveis e extraordinários, a exemplo do que ocorreu com o advento da pandemia da COVID-19, contexto em que importa acionar os instrumentos legais e constitucionais já previstos, a exemplo dos créditos adicionais extraordinários, dos empréstimos compulsórios, dentre outros, bem como, em última instância, criar mecanismos temporários, a fim de resguardar as contas públicas (a exemplo da Emenda Constitucional de n.º 106/2020).

2.5. OS IMPACTOS NA GESTÃO PÚBLICA PROVOCADOS PELA PANDEMIA

Segundo estudos realizados por grupo de pesquisadores especializados em mudança do clima e economia, da Rede Brasileira de Pesquisas sobre Mudanças Climáticas Globais (Rede CLIMA), do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI), os impactos da pandemia da COVID-19 na gestão pública poderão ser verificados até 2045.

De acordo com o coordenador do grupo, Edson Domingues, "Um dos aspectos de longo prazo dos efeitos da pandemia é o impacto sobre emprego, mercado de trabalho e das próprias fatalidades sobre a geração de consumo e renda".¹⁰⁴

¹⁰⁴ DOMINGUES, Edson e outros. **Impactos econômicos de longo prazo das mortes causadas por COVID-19 no Brasil**. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/coronavirus/informes-rede-clima-subrede-economia/arquivo/informe-10-impactos-de-longo-prazo-das-mortes-causadas-por-covid-19-no-brasil.pdf>. Acesso em: 28 de dezembro de 2021.

O professor do Departamento de Economia da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), explica que, no modelo socioeconômico utilizado, o número de mortes causadas pela COVID-19 foi um dado determinante para compreender a extensão dos efeitos sobre a economia. Para a simulação, os pesquisadores consideraram os registros de mortes resultantes de infecção por COVID-19 divulgados pelo Ministério da Saúde em 2020 e início de 2021, cumulativamente. Os pesquisadores utilizaram ainda dados sobre rendimento médio da PNAD COVID-19 e parâmetros médios de expectativa de vida, regionalizados e por grupos etários. Foram estimados a perda potencial de renda e de consumo no ciclo de vida das pessoas que morreram.

“No futuro, serão menos pessoas consumindo, gerando renda. O horizonte de análise indica que no longo prazo haverá impactos econômicos diversos pela redução da população na economia. O próprio emprego, que é afetado no curto prazo, gera efeitos no longo prazo”, explica Domingues.¹⁰⁵

De acordo com o estudo, os efeitos de perda potencial de consumo são mais elevados em 2021 devido ao aumento no número de óbitos, revelando também a heterogeneidade regional devido às especificidades do processo de infecção, sua severidade e, em certa medida, capacidade de atendimento da rede de saúde, a qual foi saturada em algumas unidades da federação.

Os pesquisadores indicam que os estados mais atingidos pela doença tiveram as infraestruturas de saúde impactadas e que, no longo prazo, haverá novos custos econômicos para atender novas demandas decorrentes das sequelas apresentadas pela doença.

Verifica-se, portanto, que inevitavelmente a pandemia gerada pelo vírus da COVID-19 trará consequências significativas para a sociedade contemporânea, seja redefinindo as relações de trabalho, seja alterando a forma de se produzir e fazer negócios, bem como a forma de se viver e se comportar.

Nesse novo contexto de transformações, o setor público passará por grandes desafios para se adaptar, de forma célere, às novas mudanças exigidas pela população, redefinindo prioridades, como a ampliação de uma rede de proteção social, e construindo

¹⁰⁵DOMINGUES, Edson e outros. **Impactos econômicos de longo prazo das mortes causadas por COVID-19 no Brasil.** Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/coronavirus/informes-rede-clima-subrede-economia/arquivo/informe-10-impactos-de-longo-prazo-das-mortes-causadas-por-covid-19-no-brasil.pdf>. Acesso em: 28 de dezembro de 2021.

novos canais de entrega de serviços e de utilização de forma mais eficiente dos recursos públicos.

O aumento da desigualdade e da perda de renda de parcela significativa da população, tem levado a um movimento de saída de estudantes da rede particular para a pública, o que tende a pressionar, ainda mais, os gastos de estados e municípios com educação nos próximos anos.

Por outro lado, a aceleração dos serviços digitais amplia o alcance dos serviços públicos com redução de seus custos em várias outras áreas.

Assim, dentro desse quadro de grave crise fiscal, o governo federal, os estados e municípios terão que buscar novos instrumentos para atender às novas necessidades que se impõe.

3. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

Na parte inicial da presente obra, foram consultados renomados autores, a exemplo de Hely Lopes Meireles e Rafael Rezende de Oliveira, utilizados quando dos conceitos introdutórios acerca do direito administrativo, a exemplo do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Do mesmo modo, quando da conceituação de gestão pública, utilizou-se de Marco Aurélio Marques Ferreira, para quem “Gestão Pública é um termo usado, de forma ampla, para definir o conjunto de atividades que envolvem a aplicação dos conhecimentos teóricos da Administração e das Ciências Gerenciais no setor público ou no processo de interação com esse setor”.¹⁰⁶

Ademais, acerca do orçamento público, buscou a autora as lições do emérito Harrison Leite, referência do Direito Financeiro da atualidade.

Por fim, no que toca especificamente ao impacto da pandemia da COVID-19 na gestão pública, através de pesquisas a artigos científicos publicados e outrora mencionados, bem como da entrevista a profissionais de diversas áreas (detalha-se no

¹⁰⁶ FERREIRA, Marco Aurélio Marques Gestão pública / Marco Aurélio Marques Ferreira. – Florianópolis : Departamento de Ciências da Administração / UFSC, 2014. pág. 58.

tópico subsequente, qual seja, metodologia), a autora exarou as suas conclusões no presente trabalho, endossando e/ou discordando de alguns outros.

4. METODOLOGIA

A pesquisa pode ser analisada como um procedimento formal com técnicas que determinam o pensamento reflexivo na procura de um tratamento científico, e se constitui em um norte para conhecer a realidade estudada, tendo como objetivo apresentar respostas ao problema apresentado nesta pesquisa para desenvolver uma determinada abordagem (LAKATOS E MARCONI, 1987).

Para Severino (2000), o conceito de metodologia versa sobre:

[...] um instrumental extremamente útil e seguro para a gestão de uma postura amadurecida frente aos problemas científicos, políticos e filosóficos que nossa educação universitária enfrenta. [...] São instrumentos operacionais, sejam eles técnicos ou lógicos, mediante os quais os estudantes podem conseguir maior aprofundamento na ciência, nas artes ou na filosofia, o que, afinal, é o objetivo intrínseco do ensino e da aprendizagem universitária. (SEVERINO, 2000, p.18)

Na construção desse estudo, foi traçado um percurso metodológico, onde houve a caracterização da pesquisa como pesquisa teórica, com análise documental e pesquisa bibliográfica em livros da área, artigos científicos, e afins, referentes ao tema exposto. Quanto ao método de abordagem este estudo é classificado como qualitativo e com enfoque descritivo.

Sua natureza é bibliográfica, utilizando pesquisas anteriores, documentos impressos e artigos já trabalhados por outros pesquisadores e devidamente registrados, com análise documental. Zanella (2010) enfatiza que a fonte direta dos dados na pesquisa qualitativa é o ambiente natural, e o pesquisador, a principal ferramenta desse processo.

Quanto ao enfoque da pesquisa podemos classificá-la como sendo de natureza descritiva, já que se presta a descrever as características de um determinado fato ou fenômeno. Segundo Bardin (2001), a descrição analítica funciona segundo procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição de conteúdo das mensagens, ou seja, trata-se da maneira como o significado da informação é analisado.

Assim sendo, para a confecção do presente trabalho foram realizadas amplas pesquisas por meio de obras doutrinárias e científicas sobre os temas abordados, bem como mediante entrevistas com profissionais das áreas do direito, da saúde e da economia.

De início, procedeu-se ao estudo dos temas correlatos, em especial gestão pública e conceitos introdutórios do Direito Administrativo, por meio de obras doutrinárias de renomados autores, como Rafael Rezende de Oliveira e Hely Lopes Meireles.

Em seguida, foram entrevistados gestores públicos, como a Procuradora do Estado de Pernambuco, Suely Virgínia Pedrosa Barros e o aposentado auditor da Receita Federal, graduado em Direito, Administração e Ciências Contábeis, Eros de Barros Correia, bem como o médico Caio Vieira de Oliveira Lavôr e o economista Thiago Kramer, que ajudaram na confecção deste trabalho de conclusão de curso.

Por fim, tendo em vista a atualidade do tema e os incertos efeitos futuros provocados pela pandemia da COVID-19, a análise aqui exposta teve como base inúmeros artigos científicos de profissionais da área, tendo a autora exarado na presente obra as suas opiniões.

5. ANÁLISE DOS RESULTADOS

Verificou-se, após os estudos e pesquisas desenvolvidos, que os dados da COVID-19 na gestão pública poderão ser verificados até 2045. Nesse sentido, pesquisa desenvolvida por grupo de pesquisadores especializados em mudança do clima e economia, da Rede Brasileira de Pesquisas sobre Mudanças Climáticas Globais (Rede CLIMA), do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI).

De acordo com o coordenador do grupo, Edson Domingues, "Um dos aspectos de longo prazo dos efeitos da pandemia é o impacto sobre emprego, mercado de trabalho e das próprias fatalidades sobre a geração de consumo e renda".¹⁰⁷

O professor do Departamento de Economia da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), explica que, no modelo socioeconômico utilizado, o número de mortes causadas pela COVID-19 foi um dado determinante para compreender a extensão dos

¹⁰⁷ DOMINGUES, Edson e outros. **Impactos econômicos de longo prazo das mortes causadas por COVID-19 no Brasil**. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/coronavirus/informes-rede-clima-subrede-economia/arquivo/informe-10-impactos-de-longo-prazo-das-mortes-causadas-por-covid-19-no-brasil.pdf>. Acesso em: 28 de dezembro de 2021.

efeitos sobre a economia. Para a simulação, os pesquisadores consideraram os registros de mortes resultantes de infecção por COVID-19 divulgados pelo Ministério da Saúde em 2020 e início de 2021, cumulativamente. Os pesquisadores utilizaram ainda dados sobre rendimento médio da PNAD COVID-19 e parâmetros médios de expectativa de vida, regionalizados e por grupos etários. Foram estimados a perda potencial de renda e de consumo no ciclo de vida das pessoas que morreram.

De acordo com o estudo, os efeitos de perda potencial de consumo são mais elevados em 2021 devido ao aumento no número de óbitos, revelando também a heterogeneidade regional devido às especificidades do processo de infecção, sua severidade e, em certa medida, capacidade de atendimento da rede de saúde, a qual foi saturada em algumas unidades da federação.

Os pesquisadores indicam que os estados mais atingidos pela doença tiveram as infraestruturas de saúde impactadas e que, no longo prazo, haverá novos custos econômicos para atender novas demandas decorrentes das sequelas apresentadas pela doença.

Verifica-se, portanto, que inevitavelmente a pandemia gerada pelo vírus da COVID-19 trará consequências significativas para a sociedade contemporânea, seja redefinindo as relações de trabalho, seja alterando a forma de se produzir e fazer negócios, bem como a forma de se viver e se comportar.

Nesse novo contexto de transformações, o setor público passará por grandes desafios para se adaptar, de forma célere, às novas mudanças exigidas pela população, redefinindo prioridades, como a ampliação de uma rede de proteção social, e construindo novos canais de entrega de serviços e de utilização de forma mais eficiente dos recursos públicos.

O aumento da desigualdade e da perda de renda de parcela significativa da população, tem levado a um movimento de saída de estudantes da rede particular para a pública, o que tende a pressionar, ainda mais, os gastos de estados e municípios com educação nos próximos anos.

Por outro lado, a aceleração dos serviços digitais amplia o alcance dos serviços públicos com redução de seus custos em várias outras áreas.

Assim, dentro desse quadro de grave crise fiscal, o governo federal, os estados e municípios terão que buscar novos instrumentos para atender às novas necessidades que se impõe.

6. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, verifica-se que, se já era difícil a manutenção de um orçamento sustentável em um país de dimensão continental como o Brasil em contextos de normalidade, torna-se quase uma missão impossível com o advento da pandemia da COVID-19.

Nesse contexto, o trabalho dos gestores públicos ganha ainda maior relevância, posto que incumbe a esses a garantia da consecução do interesse público primário, que, como visto, trata-se do interesse da coletividade, amparado no supraprincípio da supremacia do interesse público sobre o privado, este que encontra limites no da indisponibilidade do interesse público.

Para tanto, necessário se faz a utilização de mecanismos já previstos constitucional e legalmente, bem como a criação excepcional de outros, a fim de que se assegure a manutenção das contas públicas, em especial às voltadas às necessidades básicas da população, de que são exemplos a saúde, a educação e a segurança públicas.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

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

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. **Informe especial COVID-19 nº 2: dimensionar los efectos del COVID-19 para pensar en la reactivación**. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45445/4/S2000286_es.pdf. Acesso em: 17 de março de 2022.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Para um conceito de interesse público no Estado Constitucional de Direito: algumas considerações**. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42480>>. Acesso em: 28 de dezembro de 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DOMINGUES, Edson e outros. **Impactos econômicos de longo prazo das mortes causadas por COVID-19 no Brasil**. Disponível em: <<https://www.gov.br/mcti/pt-br/coronavirus/informes-rede-clima-subrede-economia/arquivo/informe-10-impactos-de-longo-prazo-das-mortes-causadas-por-covid-19-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 28 de dezembro de 2021.

FERREIRA, Marco Aurélio Marques Gestão pública / Marco Aurélio Marques Ferreira. – Florianópolis : Departamento de Ciências da Administração / UFSC, 2014.

GADELHA C. **O Complexo Econômico-Industrial da Saúde no Brasil hoje**. Série especial FES-Brasil; 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/ensaio/debate/2020/O-Complexo-Econ%C3%B4mico-Industrial-da-Sa%C3%Bade-no-Brasil-hoje>. Acesso em: 17 de março de 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KRAUSE RM. Foreword. In: Morse SS, editor. **Emerging viruses**. Oxford/New York: Oxford University Press; 1993. p. xvii-xix.

MAFRA, Francisco. **Administração Pública Burocrática e Gerencial**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/administracao-publica-burocratica-e-gerencial/>>. Acesso em: 28 de dezembro de 2021.

MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho Público español. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 65-88.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DA IRREGULARIDADE FUNDIÁRIA RURAL À REGULARIZAÇÃO NO ESTADO DO TOCANTINS: PROGRAMA ESSA TERRA É NOSSA!

EDNA FERREIRA MACIEL:
Graduanda em Direito pelo
UNITINS

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA¹⁰⁸

(coautora)

RESUMO: Propôs-se neste trabalho a realização de uma análise acerca do instituto da Regularização Fundiária Rural, tendo por base o programa do Governo do Estado do Tocantins denominado Essa Terra é Nossa, implementado pela Lei Estadual 3.525/2019. O programa foi criado com o objetivo de reconhecer e convalidar os registros imobiliários referentes aos imóveis rurais do Estado do Tocantins. Em que pese a premente relevância desta política pública no âmbito estadual, passou-se a questionar o motivo de se utilizar o sistema extrajudicial para a regularização fundiária e os benefícios que podem ser gerados pela regularização rural na atual situação do agronegócio no Estado do Tocantins. Nesse sentido, por meio de uma pesquisa bibliográfica dedutiva, foi possível examinar o instituto da regularização fundiária urbana à luz do Programa Essa Terra é Nossa, identificando se esta alternativa adotada pela Administração Pública cumpriu os objetivos da política rural do Estado do Tocantins.

PALAVRAS-CHAVE: Regularização Fundiária Rural; Procedimento Extrajudicial; Programa Essa Terra é Nossa.

Abstract: It was proposed in this work to carry out an analysis of the Institute of Rural Land Regularization, based on the program of the State Government of Tocantins called Essa Terra é Nossa, implemented by State Law 3.525/2019. The program was created with the objective of recognizing and validating real estate records referring to rural properties in the State of Tocantins. In spite of the pressing relevance of this public policy at the state level, the reason for using the extrajudicial system for land regularization and the effects generated by rural regularization in the current situation of agribusiness in the State of Tocantins. In this sense, through a deductive bibliographic research, it was possible to examine the institute of urban land regularization in the light of the Essa Terra é Nossa Program, identifying whether this alternative adopted by the Public Administration fulfilled the objectives of the rural policy of the State of Tocantins.

¹⁰⁸Doutora em ciências pela USP, Mestre em Direito pela Unimar, Graduação em Direito pela PUC de Goiás.

KEYWORDS: Rural Land Regularization; Extrajudicial Procedure; Program Essa Terra é Nossa.

1 INTRODUÇÃO

Objeto de constantes desavenças, a regularização fundiária rural recebeu, sob o reflexo dos direitos e garantias constitucionais, amparo legal por intermédio da Lei 3.525/2019, editada pelo Governo do Estado do Tocantins, com o reconhecimento e a convalidação dos registros imobiliários referentes a imóveis rurais no Estado, que se deu por meio do Programa Essa Terra é Nossa.

Precipuamente, o programa se desdobrou como uma alternativa para que a Administração Pública cumprisse com os objetivos da política rural no Estado do Tocantins. A lei novel trouxe a possibilidade de regularização sobre a via do sistema extrajudicial, o que ilustra a opção governamental por um procedimento mais célere e que ampliou sobremaneira a possibilidade de efetuar-se a regularização destas áreas.

Sucedendo que, com o transcurso de mais de três anos desde a publicação da lei, não há dados consolidados acerca dos títulos convalidados com base na mesma, o que reflete o seu pouco alcance.

Evidenciar entraves enfrentados para a regularização desses imóveis rurais a partir da implementação da Lei 3.525/2019 e das alterações procedimentais ocorridas após sua publicação é o principal objetivo deste trabalho.

Partindo dessas premissas e da atual situação desses imóveis mesmo após a normatização legal, far-se-á uma abordagem sobre quais são os motivos do exíguo alcance dessa política pública e, conseqüentemente, seus efeitos na atual situação do agronegócio do Estado.

Para tanto, utilizar-se-á o método revisional bibliográfico dedutivo, já que parte de argumentos e observações gerais com o escopo de obter conclusões particulares, sendo a fonte de pesquisa documental e bibliográfica.

De modo a responder ao tema-problema, no presente artigo inicialmente far-se-á uma breve abordagem histórica acerca da regularização fundiária em âmbito nacional, resgatando conceitos relacionados às discussões que este artigo se propõe, buscando enquadrar qual seria a real situação dos imóveis supracitados, qual seja: posse ou domínio. À luz destes apontamentos, ao final, discutir-se-á a efetividade dessa política pública e os seus efeitos.

2 BREVE HISTÓRICO DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NO BRASIL

A ocupação de terras no Brasil remonta ao Período Colonial, no qual a estrutura fundiária era organizada por meio da concessão de Sesmarias, uma forma de privilégio aos amigos da nobreza. Essa forma de aquisição da terra foi abolida em 1822, mas somente em 1850, com a promulgação da Lei n. 601/1850, a Lei de Terras, estabeleceu-se um novo regime de acesso à propriedade, que consubstanciou-se na confirmação das sesmarias legítimas e a venda das terras do Império (BERGOL, 2012).

Posteriormente, a Lei nº 1.237/1864, criou o Registro Geral, institucionalizando a forma de transmissão da propriedade por meio da transcrição, regulando a transmissão entre vivos de bens suscetíveis de hipoteca e a instituição de ônus reais.

No início do século XX, a presença de companhias colonizadoras intensificou os conflitos agrários, fazendo surgir, sobretudo a partir de 1940, as Ligas Camponesas, que tinham por intuito prestar apoio mútuos aqueles camponeses que estavam sendo submetidos a condições de exploração, fornecendo remédios, roupas e alimentos. Com a valorização das áreas, a expulsão dos camponeses dos latifúndios, teve início a luta pelas terras e um acentuado conflito agrário. Somente durante a ditadura militar no Brasil, e com vistas a acalmar os movimentos populares que buscavam a reforma agrária, foi aprovada a Lei n. 4.504/1964, o Estatuto da Terra. (BERGOLD, 2012).

Contudo, foi com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 que a reforma agrária ganhou dimensão constitucional, vinculando-se a propriedade à sua função social. Apesar do conceito legal da regularização fundiária, descrito pelo art. 46 da Lei n. 11.977/09 como “um conjunto de medidas jurídicas, jurídicas, urbanísticas e ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares a titulação de seus ocupantes” (BRASIL, 2009) ter sido revogado pela Lei n. 13.465/17, a legislação infraconstitucional objetivava atender ao que estabelece a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXIII, situação em que este direito reveste-se de caráter prestacional, o qual carecia de implementação de políticas públicas para alcançar o fim previsto.

No entanto, com destaque em âmbito estadual, os registros encontrados dos imóveis eram intitulados de paroquiais, feitos particularmente e mantidos pelas paróquias. Dessa forma, naquela época não havia atuação do poder público nessas situações irregulares, as quais não garantem aos possuidores os direitos de propriedade, somente a posse de terras, ou, apenas o mero domínio.

Nesse contexto, o Estado do Tocantins normatizou a possibilidade de reconhecer e convalidar os títulos dos imóveis rurais, o fez por intermédio da Lei 3.525/2019, como uma resposta aos reclamos sociais que envolvem o conflito possessório, contribuindo para

consolidar a regularização fundiária como uma das principais diretrizes da política rural no Tocantins.

Nesse ínterim, antes de adentrar à análise do procedimento para regularização fundiária instituído pela Lei n. 3.525/2019 e demais dispositivos legais e regulamentares editados para essa finalidade, necessária uma breve abordagem acerca dos institutos da posse, domínio e propriedade, tratados no Código Civil Brasileiro de 2002, importantes para a identificação da situação irregular do Estado do Tocantins com um paralelo para as iniciativas tomadas a partir da identificação da problemática.

3 SITUAÇÃO IRREGULAR DOS IMÓVEIS NO TOCANTINS

Com vistas a compreender a atual situação dos imóveis, é imprescindível abordar o que dispõe a legislação civil a despeito. O Código Civil em seu art.1.196 dispõe que “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (BRASIL, 2002).

Há, portanto, uma associação da posse ao exercício, ainda que de forma incompleta e precária. Contudo, é expressamente previsto que o possuidor não detém de todos os direitos necessários para salvaguardar a coisa, apesar deste instituto gerar efeitos jurídicos, como ocorrem nas ações possessórias.

Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 429) em seu manual de Direito Civil, traçam a definição de posse como um “domínio fático da pessoa sobre a coisa”, apesar da discussão doutrinária acerca de sua natureza e de o ordenamento jurídico não tratar legalmente da função social da posse como o fez em relação à propriedade, historicamente não há impedimento dessa funcionalização atrelada à posse mesmo antes da atual Constituição Federal, de forma implícita.

Entretanto, mesmo com a definição legal do que vem a ser posse e os direitos a ela inerentes, é visível que esta é insuficiente para abarcar a situação dos imóveis em questão, portanto, a perspectiva que os contempla seria a de domínio. Para tanto, recorre-se aos ensinamentos de Pinheiro (2020, p.18), que afirma que “o domínio, por sua vez, equivale ao simples exercício dos direitos de uso, gozo, disposição da coisa e direito de reavê-la, sem o registro do justo título”.

Nesta senda, a realidade rural do Estado do Tocantins é a de domínio, posto que os detentores destes imóveis rurais têm e exercem todos os poderes inerentes à propriedade, observando a devida função social destas áreas, todavia, não dispõem da titulação devida.

Em que pese as faculdades inerentes à propriedade, quais sejam, gozar, usar, dispor e reaver a coisa, também serem intrínsecas ao domínio, denota-se a precariedade desses títulos rurais. Visto que garantir a propriedade seria instrumentalizar a sua situação

dominial, inserindo nesse contexto o aspecto externo de funcionalização destas áreas, com suas limitações e obrigações estatais e sociais.

Nesse contexto, a Lei Estadual n. 3.525/19, em seu art. 1º, reconhece a situação de domínio a que se submetem os imóveis rurais do Tocantins, tanto é que convalida com força de título de domínio o imóvel cuja origem não seja em títulos de alienação ou concessão emitidos pelo Poder Público e registrados nos Cartórios de Registro de Imóveis respectivos.

4 AMPARO LEGAL DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NO TOCANTINS

Partindo da necessidade de promover a prevenção de conflitos fundiários não judicializados e garantir segurança jurídica aos proprietários de terras urbanas e rurais no Tocantins, a Corregedoria-Geral da Justiça – CGJ, por meio do Provimento nº 05, criou o Núcleo de Prevenção e Regularização Fundiária – NUPREF, visando, entre outros objetivos, acelerar o processo de regularização fundiária no Estado, o que é de grande valia para a temática da regularização fundiária.

No processo de criação do NUPREF, sua composição conta com participação de representantes do Poder Judiciário, através de um juiz coordenador, da Procuradoria-Geral do Estado do Tocantins, do Instituto de Terras do Tocantins, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, Companhia Imobiliária do Estado do Tocantins, Associação Tocantinense dos Municípios e Associação de Notários e Registradores do Tocantins.

Um aspecto relevante para a análise do processo de regularização fundiária no Tocantins é que foram editados atos normativos distintos para assegurar a efetividade da Lei n. 3.525/19, o que acabou por ocasionar uma divergência no procedimento, o que pode ter comprometido a eficiência do procedimento.

A Lei n. 3.525, de 08 de agosto de 2019, em seu art. 2º, definiu que o interessado na obtenção da convalidação de registro, deveria requerer a certificação e o registro do georreferenciamento no prazo de até dois anos a partir da publicação da lei, que deveria ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis, produzindo seus efeitos quando do registro da retificação das coordenadas geodésicas.

A lei definiu ainda que na hipótese de litígio quanto à área do título objeto da convalidação, a ratificação não produziria efeitos na definição de qual direito deverá prevalecer. Posteriormente, o prazo do art. 2º sofreu modificação da Lei n. 3.896/22, passando de dois para três anos.

O art. 4º, inciso II da Lei n. 3.525 acrescentou ainda a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo estadual editar os atos necessários à regulamentação e execução da referida lei.

Transcorridos mais de seis meses desde a publicação da lei supracitada sem a edição de outro ato apto a dar efetividade à norma publicada, a Corregedoria-Geral de Justiça, aos 22 de março de 2020, expediu a Recomendação n. 03/2020/CGJUS-TO, dispondo que o art. 1º da Lei n. 3.525/19 era autoaplicável, e que o procedimento de convalidação dos títulos teria início mediante o requerimento do interessado junto aos Serviços de Registros de Imóveis, instruído com os documentos pessoais, certidão de inteiro teor da matrícula do imóvel e de dos imóveis confrontantes, planta e memorial descritivo do imóvel, assinado pelo proprietário e pelo responsável técnico credenciado junto ao INCRA, entre outros documentos listados nos incisos I a V do art. 1º da Recomendação.

Em sentido diverso da Recomendação da CGJUS-TO, no dia 13 de julho de 2020, foi publicado o Decreto Estadual n. 6124/20, definindo procedimento diverso para o procedimento de convalidação dos registros dos imóveis rurais tocantinenses.

Nos termos do art. 2º do referido decreto, o pedido de reconhecimento e convalidação de registro só teria início com o trabalho realizado por responsável técnico, acompanhado de requerimento apresentado pelo interessado, por intermédio de um advogado. O requerimento deveria ser protocolado no sistema eletrônico de gestão Essa Terra é Nossa, no site, acompanhado de vasto rol de documentos pessoais e do imóvel.

Por entender que o referido decreto extrapolava o poder regulamentar do Estado, a Associação dos Notários e Registradores do Estado do Tocantins ajuizou demanda em face do Estado do Tocantins, a qual culminou na suspensão liminar dos art. 2º (*caput*, seus incisos e alíneas), art. 3º, *caput*, art. 6º (incisos I e II), art. 8º (*caput* e seus incisos) e art. 10, *caput* do Decreto Estadual 6.124/20, conforme decisão prolatada pelo juízo da 2ª Vara da Fazenda e Registros Públicos da Comarca de Palmas nos autos 0027984-92.2020.8.27.2729.

Com a suspensão dos efeitos dos dispositivos do Decreto Estadual, foi publicada Medida Provisória n. 17/2020, a qual foi convertida na lei 3.730/2020, definindo que o procedimento para reconhecimento e convalidação dos registros imobiliários rurais teria início com o protocolo do pedido junto ao Instituto de Terras do Tocantins – ITERTINS, que emitiria o Termo de Reconhecimento e Convalidação no prazo de quarenta e cinco dias.

A medida dispôs ainda que com o transcurso do prazo para emissão do Termo de Reconhecimento e Convalidação, o interessado poderia proceder ao requerimento de convalidação perante o respectivo Cartório de Registro de Imóveis, e, se não o fizesse, incumbiria ao próprio ITERTINS encaminhá-lo, para que a serventia extrajudicial adotasse o procedimento estabelecido pela CGJUS – TO.

Com a finalidade de regulamentar de uma forma definitiva o procedimento para reconhecimento e convalidação dos registros imobiliários, o qual passou por diversas modificações em um curto espaço de tempo, foi editado o Decreto n. 6.216/2021 com previsão de que o procedimento terá início no ITERTINS através de petição direcionada ao Presidente do Instituto de Terras do Estado do Tocantins – ITERTINS, informando a situação jurídica do imóvel.

O ato supracitado dispôs a respeito da documentação necessária, bem como o meio de envio por sistema eletrônico, com prazo em torno de 45 dias.

Portanto, relevante destacar que o referido decreto em seu art. 6º, inovou em suas disposições ao prever a possibilidade de conversão de processo em trâmite junto ao ITERTINS de titulação, quando originado de registro precário ou paroquial, para o processo de convalidação, se atendidos os requisitos legais.

Nos termos do referido decreto, após os procedimentos de que regulam os arts. 6º ao 10, finda-se o procedimento em âmbito cartorário e garante a convalidação dos referidos títulos, para cumprir o previsto na Lei.

Não obstante a lei estadual, diante dos mencionados trâmites, possuir todos os efeitos jurídicos, faz-se essencial analisar detidamente a sua execução, para que cumpra com os objetivos traçados para a política rural tocantinense.

4.1 Procedimento extrajudicial de regularização fundiária rural e os principais entraves

Em vista da complexidade e conflituosidade da situação irregular dessas áreas é mister analisar como o procedimento se materializou, para então, adentrar aos planos de eficácia da referida normatização.

Desse modo, a legislação aplicável ao programa previu que todo o procedimento de reconhecimento e convalidação do registro público deveria ser realizado de forma extrajudicial, sem a necessidade de atuação típica do Poder Judiciário, por meio de uma decisão meritória.

Nessa esteira, apesar de ser um procedimento administrativo complexo, por necessitar de um advogado e unir esforços com a atividade de georreferenciamento, a qual é trabalhosa e burocrática, este desdobra-se de forma objetiva, especialmente para garantir uma segurança registral.

Assim, a primeira etapa consiste em iniciar a procura do título de domínio junto ao Registro de Imóveis, este com matrícula precária. Posteriormente, há atuação de um

responsável técnico que é credenciado no Itertins, que faz o levantamento do perímetro, a realização de georreferenciamento, situação em que se elabora um memorial descritivo com posterior deferimento administrativo junto ao Itertins, para então seguir-se á averbação em cartório do Termo de Reconhecimento e Convalidação, e finalmente, o registro da área com nova matrícula. Com uma média de 45 dias para realização de todos os trâmites, havendo regularidade da documentação, inclusive produzida pelo responsável técnico, e se não for área em reservas indígenas ou da União.

Em que pese não haja menção expressa ao valor que será empregado para a efetivação da convalidação desses títulos, os serviços referentes a contratação de um técnico para o georreferenciamento e averbação em cartório têm um custo considerável, conforme se depreende dos custos dos emolumentos cartorários dispostos pelo Provimento n. 28/2021¹⁰⁹ da Corregedoria-Geral de Justiça do Tocantins, o qual pode contribuir para a baixa adesão ao programa.

Contudo, como no ato de fixação do emolumentos há que se observar as peculiaridades do imóvel, não há como precisar o custo de forma clarividente, porém utiliza-se como parâmetro os valores dispostos no Provimento n. 28/2021 da Corregedoria-Geral de Justiça do Tocantins.

Além dos supracitados custos, há também os custos com a prestação de serviços do responsável técnico referentes aos serviços de Georreferenciamento e Titulação, Certificado de Cadastro de Imóvel Rural, Cadastro Nacional de Imóveis Rurais, Cadastro Ambiental Rural, Ato Declaratório Ambiental, Imposto territorial rural que considerando a atual média de preço de mercado o custo ficaria em média R\$ 6.100,00 (seis mil e cem reais), que pode variar também conforme as especificidades do caso.

Em suma, mesmo vigentes estes diversos instrumentos jurídicos e administrativos que podem ser utilizados na regularização fundiária dos imóveis rurais, sua aplicabilidade é ainda dificultada pelos complexos procedimentos administrativos que se perpetuam ao longo de sua implementação, bem como a pouca divulgação midiática sobre o instituto, a qual será tratada oportunamente.

4.2 Vantagens da regularização

A regularização com base na Lei Estadual n. 3.525/2019 apresenta, entre outras vantagens, a celeridade na obtenção do título definitivo em prazo razoável e sem a necessidade de atuação do Poder Judiciário, o que evita a judicialização.

¹⁰⁹ Tabela de emolumentos disponível no endereço eletrônico <https://anoregto.com.br/provimento-28-2021>.

Apesar de o Código Civil não trazer o conceito legal de propriedade, este elenca seus benefícios no art.1.228, quais sejam: gozar, usar, fruir e reaver a coisa. Nesse sentido, Pinheiro afirma:

O direito de propriedade apresenta algumas características próprias, destacando-se a exclusividade, que permite ao proprietário deter o poder da coisa com a exclusão de outra pessoa, e o caráter perpétuo, significando que o direito de propriedade não é transitório, podendo inclusive ser transmitido aos sucessores. (PINHEIRO, 2020, p. 18)

De modo que somente a propriedade tem caráter completo e maior segurança jurídica, inclusive perante terceiros, sujeitando-se apenas às imposições legais, seja por questões de interesse público ou de terceiros (CC, art. 1.231). Assim, apesar de se falar em funcionalização da posse, somente com a garantia da propriedade é que o proprietário tem melhores condições de torná-la possível.

Nesta senda, a implementação da regularização fundiária rural contribui significativamente para a situação do agronegócio no Estado, pois ao garantir o direito de propriedade aos imóveis, conseqüentemente facilitaria a obtenção de financiamentos e a utilização do imóvel como garantia de crédito, ampliando as possibilidades de investimento, bem como de explorá-la de forma sustentável, utilizando adequadamente os seus recursos naturais.

De modo que, com a conquista do direito de propriedade, o agricultor tenha condições de aplicar às terras um potencial produtivo e respeitar a função econômica e social da propriedade, consagrada na Constituição Federal do Brasil de 1988, função esta que é concretizada quando do aproveitamento econômico do imóvel para fins de utilização deste, bem como para usufruir dos benefícios legais e sociais oriundos da atividade produtiva.

Acerca do exposto alhures, Rodrigues doutrina:

há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois [...] os direitos são conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição. (RODRIGUES, 1998, p. 314)

Assim, a finalidade econômica da propriedade está ligada a uma atividade dinâmica e de cunho social, que não se limita aos interesses do proprietário, mas que é condizente

com as finalidades das relações econômicas e sociais, principalmente por ser um direito relativizado à ideia de bem-estar social, capaz de gerar riquezas.

Ademais, a valorização destas terras está intimamente ligada à expansão do setor agropecuário local pelo aumento do crédito rural. Como sabido, dentre as inovações da Carta Magna de 1988, têm-se em seu art.159, inciso I, alínea "a" (BRASIL, 1988) e posteriormente regulamentado pela Lei nº 7.827/89, a criação do Fundo Constitucional Norte - FNO, com abrangência em todo o norte do país e conseqüentemente, possibilitando o acesso a financiamentos para investir nas atividades já empregadas bem como na implementação de novas, e assim valorizar as propriedades e sua infraestrutura.

Dessa forma, a terra regularizada é capaz de potencializar o uso de títulos de créditos rurais para financiamentos, que se dá por intermédio dos entes públicos e órgãos particulares, principalmente no cenário atual de crise fiscal. Dentre estes tem-se a Cédula Rural Pignoratícia (CRP), Cédula Rural Hipotecária (CRH), Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária (CRPH), Cédula de Crédito Industrial (CCInd.), Cédula de Crédito à Exportação (CCE), Cédula de Crédito Comercial (CCC), Cédula de Produto Rural (CPR), Cédula de Crédito Imobiliário (CCImob.), Cédula de Crédito Bancário (CCB).

Os referidos créditos rurais viabilizam a atividade empreendedora dos produtores, de modo a circular a economia local. No entanto, em alguns desses créditos rurais há previsão de uma garantia real, situação em que um mero possuidor não seria contemplado. Como exemplo, temos a cédula rural hipotecária que tem garantia de pagamento em direito real imobiliário, prevista no artigo 20 do Decreto-Lei nº 167/167. Logo, dificultaria ao mero possuidor o acesso a alguns desses créditos, visto que se não há propriedade, não há como indicar esse imóvel em garantia.

Nesta senda, é importante para a constituição da terra como um ativo financeiro, ter a garantia de suas terras regularizadas. Em vista que há uma tendência estatal em reduzir a dependência de crédito rural pela via do incentivo ao empreendedorismo, no intuito de que esse próprio setor econômico tenha recursos capazes de se impulsionar.

Vinculando a propriedade a direitos além dos que interessam aos proprietários e à coletividade, há que se falar no interesse estatal tanto em âmbito administrativo, quanto ambiental e tributário, posto que tem uma inegável dimensão social. Tanto que a sua função social foi intitulada como princípio de ordem econômica no art.170, III da Constituição Federal.

Com a produção e utilização de novas tecnologias para aprimorar e valorizar a qualidades dessas terras, o produtor consegue investir e plantar para o sustento próprio, como também para obtenção de renda extra.

Agraciado por terras muito férteis, o clima local é estável e permite um melhor planejamento de safra, atraindo muitos investidores para o Estado, e com seus produtos exportados para mais de 20 países, principalmente da Europa e da Ásia (GOVERNO DO TOCANTINS, 2021).

Segundo dados publicados pela Secretaria de Estado da Agricultura, Pecuária e Aquicultura – SEAGRO (2021), o estado também é dominado pela agricultura familiar desenvolvida por cerca de 42 mil famílias espalhadas por 540 assentamentos, gerando cerca de 120 mil empregos ocupacionais e respondendo por 40% da produção agrícola total.

Além de circular a economia local, contribui para a incidência de diversos tributos, impostos e taxas fiscais no agronegócio que incidem tanto nas transações comerciais como é o caso do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), como também em operações comerciais como o imposto sobre produtos industrializados (IPI), até mesmo em contribuições sociais, como o caso da contribuição ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e contribuição ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL) que são formas de assegurar o trabalhador rural tanto em situações de acidente no trabalho até em caso de pensão por morte, e por fim, também como exemplo o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, com destinação de 50% de sua arrecadação ao município em que estiver situado o imóvel, nos termos da Constituição Federal no art. 158, II.

Em aspecto ambiental, a regularização fundiária contribui para o equilíbrio do meio ambiente. Precipuamente, porque, como já exposto em tópicos anteriores, para que o processo de regularização tenha início, é necessária a realização de Cadastro Ambiental Rural por meio de profissional habilitado. Nesse processo, há a identificação e registro das áreas de preservação permanente, e das áreas cuja vegetação deve ser protegida, o que facilita o processo de fiscalização pelos órgãos de proteção ambiental.

Fardin *et. at* (2018), no artigo que estuda a regularização fundiária urbana em áreas de interesse social, pontua que as preocupações referentes às áreas ambientalmente protegidas vão além da mera remoção da vegetação, mas abrangem a contaminação dos corpos d'água, a coleta inapropriada de resíduos sólidos e a ausência de esgotamento sanitário, o que contribui para o desequilíbrio ecológico e a diminuição da qualidade de vida.

Fazendo um paralelo com a situação da irregularidade rural, a regularização fundiária possibilitará a identificação e a definição de áreas de preservação permanente e de reserva legal, garantindo a proteção da vegetação nativa, dos recursos hídricos e da biodiversidade, gerando um equilíbrio ecológico.

Pelo exposto, o programa de regularização fundiária apresenta vantagens tanto para o possuidor, que poderá ter acesso ao título do seu imóvel de modo extrajudicial, não necessitando do poder judiciário para tanto, como para a economia local e ao meio ambiente, que terá suas áreas de preservação monitoradas, o que facilitará também o trabalho dos órgãos de proteção ambiental.

4.3 Plano de eficiência da Lei Estadual 3.525/2019

A projeção realizada para o alcance do programa era que ele beneficiasse cerca de 80 mil títulos. Sucede que, na tentativa de entender se o programa de regularização tem surtido os efeitos esperados, foi feito contato telefônico com o Instituto de Terras do Tocantins - ITERTINS e às Serventias Extrajudiciais do Município de Palmas e de alguns municípios do Estado para identificação da existência de dados consolidados acerca do programa e o número de pessoas beneficiadas. Nesse contato foi possível identificar que ainda não há como precisar o alcance e efetividade da lei 3.525/2019, nem mesmo os cartórios conseguem repassar uma informação clara e concisa a respeito, não sendo possível atestar qual é a real eficiência da Lei n. 3.525/2019.

Apesar de não existirem dados oficiais, é evidente a pouca adesão por parte dos beneficiados, mesmo que a lei esteja vigente e apta a produzir seus efeitos.

Em análise entre as possíveis causas que corroboram para a não constatação da eficiência real da lei, pode-se atribuir à onerosidade dos documentos a serem apresentados, a falta de publicação efetiva acerca da existência do programa e as sucessivas modificações no procedimento adotado ao longo de sua implementação, no interregno de três anos de vigência da Lei. 3.525/19.

Consagrado, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como um dos princípios regentes da administração pública, a publicidade, aqui é um princípio inobservado. Somar esforços para criação de políticas públicas, com o fim de atingir as metas e compromissos constitucionais e negligenciar os meios de dar a concreta possibilidade dos agentes beneficiados terem ciência desta, compactua para a manutenção da irregularidade, sobretudo por se tratar de um programa novo, de legislação instável e divergente.

A morosidade característica dos procedimentos legiferantes, aliada à intrincada trama de procedimentos administrativos burocráticos podem levar a ineficiência do programa de regularização fundiária rural no Tocantins, de modo a perpetuar a longa situação de precariedade rural no estado.

Considerações Finais

A regularização fundiária rural no Tocantins e seus reflexos foram abordados sob o enfoque na atual situação do agronegócio estadual. Para tanto, além de analisar o processo legiferante, este trabalho se propôs a fazer breves considerações quanto à formação da estrutura fundiária no Brasil, o qual se mostrou essencial para a compreensão da atual situação irregular dos imóveis no Tocantins.

Por meio da análise desse procedimento, é notório a carência em efetivar a justiça agrária como política de estado. Em que pese o esforço do poder executivo local com a instituição do Programa Essa Terra é Nossa, regulamentado pela Lei Estadual n. 3.525/2019, com vistas a mudar o cenário de irregularidade rural do Tocantins, flexibilizando a regularização desses imóveis, pela via extrajudicial, flexibilizando a regularização desses imóveis, pela via extrajudicial, o desconhecimento do programa, associado aos custos com profissionais técnicos e advogado acabam por dificultar a erradicação da irregularidade rural da região.

A opção por desjudicializar o procedimento de regularização, adotando a via extrajudicial, constitui um meio alternativo de solução de conflitos sem a necessidade de submissão dos processos judiciais, assegurada a satisfação da pretensão em tempo razoável e observados os meios de melhor atingir os objetivos da política rural. Considerando as peculiaridades do processo de regularização judicial, é imprescindível conferir segurança jurídica aos seus trâmites, então a opção pelo sistema cartorário se mostra eficaz, visto que estes gozam de fé pública e possuem estrutura suficiente para satisfação dos interesses de titularizar os imóveis rurais precários..

Ademais, os interessados serão acompanhados de advogado, o qual se mostra essencial pois um operador do Direito age com vistas a oferecer melhor suporte no curso do procedimento, orientando e garantindo que os direitos da parte serão realmente preservados.

No entanto, com o transcurso de três anos desde a publicação da lei, os órgãos envolvidos no processo não possuem dados consolidados acerca do alcance dessa política pública, o que permite inferir que a adesão não atendeu às expectativas do legislador estadual.

Entre as causas da ineficácia da política pública, constatou-se que a falta de publicidade adequada da medida, as diversas mudanças na legislação de regência de procedimento em um exíguo período, a complexidade e os altos custos da obtenção dos documentos dos imóveis necessários à regularização são causas que refletem na baixa adesão ao procedimento. Mesmo evidentes as inúmeras vantagens da regularização e seus reflexos positivos na política agropecuária do Tocantins, como por exemplo, garantindo a segurança da propriedade dos imóveis rurais aos proprietários, a possibilidade de

obtenção de crédito rural, investimento na produção e de interesse estatal, a valorização das terras, circulação de mercadorias, recolhimento de impostos como ICMS, entre outras.

Contudo, muitos entraves poderiam ser mitigados com a disseminação de informação a respeito do programa, bem como a facilidade e celeridade no procedimento adotado, especialmente pela verificação do preenchimento dos requisitos que sofreram sucessivas modificações legais.

Nesses termos, faz-se necessária uma reunião de esforços entre os órgãos envolvidos, promovendo uma melhor publicização da existência do programa, da facilidade decorrente do procedimento extrajudicial e das vantagens oriundas da obtenção do título de propriedade, para que o programa atinja com eficiência a finalidade para o qual foi criado.

Todas as abordagens acima denotam a grandeza do problema a ser enfrentado quanto a implementação desta política pública. Mesmo o programa desenvolvendo-se e contemplando alguns imóveis a passos largos, é imprescindível uma boa gestão agrária além da confecção de leis, pois o cerne do problema se materializa na gestão procedimental, não apenas na atividade legiferante.

REFERÊNCIAS

BERGOL, Raul Cezar. **A Reforma Agrária Capitalista Brasileira**. Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XVII, n. 21, p. 76-96, jan./dez. 2012. ISSN 2318-8650. Disponível em <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/download/206/189/604>. Acesso em: 06 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.977/2009, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis n - 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória n. 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 04 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.465/2017**, de 11 de julho de 2017. Brasília, 2009. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 04 dez. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 dez. 2021.

FARDIN, Henrique Delboni; FARDIN, Hugo Delboni; FARDIN, Sara Carolina Soares Guerra. Regularização fundiária urbana em áreas de interesse social: legislação e aplicação dos instrumentos ambientais. **Ciência Florestal**, Santa Maria, v. 28, n. 2, p. 854-862, abr.- jun., 2018. Disponível em <https://www.scielo.br/j/cflo/a/5fgDmC7YmVSGRGVz89sKsbs/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 31 mai. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**: volume único – 5. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PINHEIRO, ANTONIO ALEX. **O Registro Público e a Regularização Fundiária Rural: Usucapião Extrajudicial, Estremação e Georreferenciamento**. 2020, Edição do Kindle.

PINHEIRO, ANTONIO ALEX. **O Registro Público e a Regularização Fundiária Rural: Usucapião Extrajudicial, Estremação e Georreferenciamento**. Edição do Kindle.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO TOCANTINS. Corregedoria-Geral de Justiça. **Recomendação n. 03/2020**. Recomenda aos Registradores de Imóveis, Titulares, Interinos e Interventores responsáveis por Serviços de Registro de Imóveis do Estado do Tocantins o procedimento a ser adotado em relação aos registros imobiliários convalidados pela Lei Estadual nº 3.525, de 08 de agosto de 2019. Palmas: Corregedoria-Geral de Justiça, 2020. Disponível em: <http://wwa.tjto.jus.br/elegis/Home/Imprimir/2095>. Acesso em: 06 abr. 2022.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO TOCANTINS. Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n. 28/2021**. Reajusta as Tabelas de Emolumentos do Provimento nº 14/2020/CGJUS/TO em cumprimento a Lei Estadual nº 3.408, de 28 de dezembro de 2018. Palmas: Corregedoria-Geral de Justiça, 2021. Disponível em: <https://anoregto.com.br/provimento-28-2022>. Acesso em: 30 mai. 2022.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Parte geral, v.1. São Paulo: Saraiva, 1998.

TOCANTINS. **Decreto n. 6.124**, de 13 de julho de 2020. Regulamenta o procedimento para o reconhecimento e a convalidação dos registros imobiliários de que trata a Lei 3.525, de 8 de agosto de 2019, e adota outras providências. Palmas: Governo do Estado do Tocantins [2020]. Disponível em: <http://https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=398484>. Acesso em: 06 abr. 2022.

TOCANTINS. **Decreto n. 6.216**, de 15 de fevereiro de 2021. Regulamenta o procedimento para o reconhecimento e a convalidação dos registros imobiliários de que trata a Lei 3.525, de 8 de agosto de 2019, observado o disposto na Lei n. 3730, de 16 de dezembro de 2020, e adota outras providências. Palmas: Governo do Estado do Tocantins [2021]. Disponível em: <https://doe.to.gov.br/diario/4308/download>. Acesso em: 06 abr. 2022.

TOCANTINS. **Lei 3.525/2019**, de 8 de agosto de 2019. Tocantins, 2019. Disponível em: https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_3525-2019_49675.PDF. Acesso em: 02 dez. 2021.

TOCANTINS. **Lei 3.730/2020**, de 16 de dezembro de 2020, Tocantins, 2020. Disponível em: <http://servicos.casacivil.to.gov.br/leis/lei/3730>. Acesso em: 06 abr. 2022.

TOCANTINS. **Medida provisória n. 17**, de 21 de julho de 2020. Diário Oficial [do] Estado do Tocantins, Poder Executivo, Palmas, TO, 21 jul.

ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM ZONA URBANA CONSOLIDADA E A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº. 14.285/2021

YURI SANTOS WACHELESKI:
Bacharelado no curso de Direito na Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS).

ODI ALEXANDER ROCHA DA SILVA
(orientador/coautor)

RESUMO: O presente artigo propõe uma análise da legislação que define as Áreas de Preservação Permanentes – APPs em zona urbana consolidada, abordando a sua conceituação pelo Código Florestal e a extensão da faixa não edificável nos cursos d’água urbanos, com enfoque no conflito de normas legais entre a Lei de Uso e Parcelamento do Solo Urbano e o Código Florestal. Examinou-se a interpretação do tema pelo Superior Tribunal de Justiça, que ao enfrentar o tema adotou o critério da especialidade em favor do Código Florestal. Ao final foram analisadas as recentes alterações legislativas trazidas pela Lei nº. 14.285/2021, que modificou a redação do Código Florestal, estabelecendo que a largura das APPs nas cidades fosse definida por Lei municipal ou distrital, em flagrante inconstitucionalidade diante da limitação da competência legislativa do município para legislar em matéria ambiental e da competência legislativa definida pela predominância dos interesses, que reserva para a União a competência para legislar sobre as matérias de interesse nacional, que é o caso do direito ambiental, aos Estados, as de interesse regional, enquanto aos municípios tocarão as competências legislativas de interesse local.

Palavras-chave: Área, Preservação, Permanente, Zona, Urbana.

ABSTRACT: The present article proposes an analyse about the legislation wich defines the Areas of Permanent Preservation – APPs in consolidated urban zones, adressing the conception by the Florestal Code and the extension of the non-building shore zone in the urban water courses, with focus in the conflict between the Law of Use and Subdivision of Urban Soil and the Florestal Code. It’sexamined the Superior Federal Court’s interpretation of the theme, that’s when facing the theme adopted the specialty criterion in favor of the Florestal Code. At the end were analysed the recentelegistative changes broutgh by the Law nº 14.285/2021, wichmodifacated the wording of Florestal Code, establishing that the width of APPs in the cities were definated by municipal or districtal law, in notourisunconstitutionalty in face of the limitation of legislative competence of the county to legislate about environmental issues and the legislative competence definated by the predominance of interests, wich reserves for the Union to legislate about federal

interests issues, what is the case of the environmental law, for the States, the regional interests, while to the countys is reservated the legislative competences for local interest.

Key-words: Area, Preservation, Permanent, Zone, Urban.

1.INTRODUÇÃO

O ser humano é social por natureza, fato identificado pelo filosofo Aristóteles na antiguidade, para o qual ele "necessita de coisas e dos outros, sendo, por isso, um ser carente e imperfeito, buscando a comunidade para alcançar a completude. E a partir disso, ele deduz que o homem é naturalmente político" (CABRAL, 2022).

A natureza política do homem social sempre esteve em constante recriação, partindo do "estado de natureza", definido por Hobbes como a convivência em sociedade organizada, formando inicialmente pequenos grupos que evoluíram para assentamentos urbanos complexos (CABRAL, 2022)

Vivemos o século das cidades (PEREIRA NETO, 2014), e o Brasil passa por um crescimento populacional expoente, com o brasileiro migrando para as grandes cidades, tendência global, com a perspectiva de que em 2050 70% da população mundial esteja vivendo em cidades (ONU, 2019) ².

O grande desafio da atualidade é possibilitar esse crescimento urbano com segurança ambiental, o que somente é possível com uma estrutura legal que possibilite o desenvolvimento econômico sustentável, cabendo a legislação estabelecer critérios que delimitem a organização dos núcleos de assentamento urbano, delimitando os espaços onde serão permitidos a ocupação e as áreas que devem ser preservadas.

Embora haja legislação específica sobre espaços edificáveis e não edificáveis nos núcleos urbanos, há grande divergência no cenário nacional sobre qual regra seguir, isso costuma gerar grande instabilidade econômica e insegurança jurídica e ambiental.

O presente estudo, longe de esgotar o tema, objetiva uma análise sobre a legislação que define as regras de ocupação do solo em áreas de preservação permanente localizadas em zonas urbanas consolidadas; nossa perspectiva enfatizará a análise de um fenômeno de antinomia, no qual verificamos um conflito entre normas legais e a constitucionalidade da legislação que hoje trata da matéria, recentemente aprovada pelo Congresso Nacional.

2.ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

Cabe a legislação ambiental a identificação das situações que conduzem as comunidades naturais a uma maior ou menor instabilidade, além de apresentar regras que possam prevenir, evitar e/ou reparar esse desequilíbrio (MACHADO, 2013, 63).

Nesse sentido, a preservação do meio ambiente ganhou especial proteção na Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), que estabelece em seu artigo 225 que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Para garantir o desenvolvimento econômico e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto na Carta Magna de 1988 foi revisto o Código Florestal de 1964, que no ano de 2012 deu lugar a uma moderna legislação, também identificada como Código Florestal, que passou a delimitar quais seriam os espaços especialmente protegidos onde seria vedado a ocupação por moradias ou estabelecimentos comerciais e industriais, definidas como Áreas de Preservação Permanente (doravante aqui definidas como APPs).

A preocupação em preservar as APPs remonta ao primeiro quarto do Século XX, que na época foram defendidas como florestas protetoras pelo Decreto nº. 4.421/1921. Posteriormente o Código Florestal, implantado pela Lei nº 4.771/1965, estabeleceu o conceito de preservação permanente e definiu regras para sua efetividade.

Para Wacheleski (2009), na época da implantação do primeiro Código Florestal houve resistência dos proprietários rurais em relação a restrição ao uso econômico do imóvel rural:

Os proprietários de imóveis, em sua maioria, não acataram as restrições impostas pelo Novo Código Florestal. No que se refere a deixar significativo percentual da propriedade com cobertura florestal, os proprietários preferiram suprimir praticamente toda a vegetação, e em alguns casos, desflorestando inclusive as matas ciliares, que são as localizadas nas margens dos cursos de água e são hodiernamente definidas como área de preservação permanente (APPs), pois consideravam um sacrifício à propriedade e uma grade restrição ao uso econômico do imóvel rural (CNA, 1998).

O sentimento de limitação ao direito de propriedade ainda hoje é externado por proprietários urbanos e rurais, para os quais a propriedade é um direito fundamental estabelecido na Constituição Federal do Brasil e não pode ser limitado por legislação infraconstitucional.

Atualmente as APPs estão conceituadas no artigo 3º, inciso II, do Código Florestal, instituído pela Lei 12.651/12 (Código Florestal), como a sendo a "área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a

paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

Já em seu artigo 4º, o Código Florestal considera como áreas de preservação permanente, sejam em zonas urbanas ou rurais, as faixas marginais com comprimento de 30 a 500 metros dos cursos d'água, as áreas no entorno dos lagos, nascentes, encostas com declividade superior a 45º, restingas, veredas, os manguezais, as bordas de tabuleiros, o topo dos morros, e as áreas com altitude superior a 1.800 metros em relação ao nível do mar.

A proteção especial de tais áreas se faz importante para preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade; desta forma, torna-se facilitado o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

Ocorre que as ocupações urbanas formadas ao longo da história do Brasil, primeiramente com a formação das primeiras vilas e posteriormente com o estabelecimento de grandes cidades, não respeitaram os espaços não adequados para edificação, que foram ocupados indevidamente e acarretam vários problemas sociais e catástrofes decorrentes de inundações e soterramentos em edificações implantadas nas proximidades de cursos d'água urbanos e deslizamento de encostas de morros.

Com o objetivo de impedir as ocupações em áreas com características ambientais sensíveis e impróprias para assentamentos e construções urbanas foi implantada, ainda na década de 1970, uma lei que passaria a regular o uso e o parcelamento do solo urbano.

3.O USO E O PARCELAMENTO DO SOLO URBANO E AS AREAS URBANAS CONSOLIDADAS

A organização dos núcleos urbanos no Brasil se encontra regulamentada pela Lei 6.766/79, que trata do Parcelamento do Solo Urbano; este diploma legal dispõe que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto na referida Lei às peculiaridades regionais e locais.

A Lei nº 11.977/2009, em seu artigo 47, II, (atualmente revogado pela Lei nº 13.465/2017) foi o primeiro dispositivo legislativo a estabelecer os requisitos mínimos para que um assentamento humano possa ser considerado como área urbana consolidada.

Atualmente é o Código Florestal, alterado pela recente Lei Federal n.º 14.285/2021, que define em seu artigo 3º, inciso XXVI, que a área urbana consolidada como sendo aquela que se enquadra nos seguintes critérios:

- Estar incluída no perímetro urbano ou em zona urbana pelo plano diretor ou por lei municipal específica;
- Dispor de sistema viário implantado;
- Estar organizada em quadras e lotes predominantemente edificados;
- Apresentar uso predominantemente urbano, caracterizado pela existência de edificações residenciais, comerciais, industriais, institucionais, mistas ou direcionadas à prestação de serviços;
- Dispor de, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes equipamentos de infraestrutura urbana implantados:
- Drenagem de águas pluviais;
- Esgotamento sanitário;
- Abastecimento de água potável;
- Distribuição de energia elétrica e iluminação pública; e
- Limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos.

Cumpridos tais requisitos se impõe o reconhecimento do núcleo habitacional como sendo de área urbana consolidada.

Ao tratar das áreas de preservação permanente, a redação original da Lei de Uso e Parcelamento do Solo Urbano definia como não edificável a faixa lateral de 15 metros de cada lado dos cursos d'água; e seguindo tal orientação os órgãos municipais aprovaram inúmeros projetos de uso e parcelamento do solo urbano, que se encontram atualmente implantados como áreas urbanas consolidadas.

4.O CONFLITO DE NORMAS EM RELAÇÃO ÀS APPS EM ÁREAS URBANAS CONSOLIDADAS

Como vimos acima, a Lei de Uso e Parcelamento do Solo Urbano definia como não edificável a faixa lateral de 15 metros de cada lado dos cursos d'água e o Novo Código Florestal de 2012, em seu artigo 4º, exige que nas áreas de preservação permanente localizadas em zonas urbanas ou rurais sejam preservadas as faixas marginais na largura de 30 a 500 metros dos cursos d'água

Já o § 9º mesmo artigo 4º, define que nas áreas urbanas, assim entendidas as áreas compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, as faixas marginais de qualquer curso d'água natural que delimitem as áreas da faixa de passagem de inundação terão sua largura determinada pelos respectivos Planos Diretores e Leis de Uso do Solo, ouvidos os Conselhos Estaduais e Municipais de Meio Ambiente.

Havia clara antinomia jurídica, entre a redação do Código Florestal e a Lei de Uso e Parcelamento do Solo Urbano.

A antinomia, na lição de TARTUCE, (2020, pag. 45) é a presença de duas normas conflitantes, validas e emanadas de autoridade competente, sem dizer qual delas merece aplicação em determinado caso concreto. E o chamado aparente conflito entre normas legais, que somente poderia ser solucionado através da aplicação de três critérios hermenêuticos: o hierárquico, o cronológico e o da especialidade.

O conflito entre as normas jurídicas de natureza ambiental provocou vários questionamentos nas mais diversas instâncias do sistema judiciário brasileiro, com soluções diferentes para situações análogas, o que criava grave instabilidade jurídica e econômica.

Nas decisões dos tribunais superiores ora prevalecia a redação do art. 3º do Código Florestal com faixa marginal mínima de 30 metros, ora o disposto no art. 3º, inciso III Lei de Uso e Parcelamento do Solo Urbano com faixa marginal mínima 15 metros, em relação ao caso concreto de cada situação referente à zona terrestre não edificável localizada ao longo dos cursos d'água nas zonas urbanas.

Como se verá à frente, o impasse entre o conflito das normas entre o Código Florestal e a Lei de Uso e Parcelamento do Solo Urbano foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 10/05/2021, que em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), adotou o critério da especialidade como solução hermenêutica e firmou entendimento em favor do Código Florestal.

5. JULGAMENTO DO TEMA 1010 PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para dirimir as dúvidas sobre qual legislação deveria ser utilizada para definir o tamanho da faixa não edificável nas margens nos cursos d'água urbanos, foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) sob a denominação de Tema 1010.

O julgamento do presente tema possui a seguinte delimitação:

“Extensão da faixa não edificável a partir das margens de cursos d'água naturais em trechos caracterizados como área urbana consolidada: se corresponde à área de preservação permanente prevista no art. 4º, I, da Lei n. 12.651/2012 (equivalente ao art. 2º, alínea 'a', da revogada Lei nº. 4.771/1965), cuja largura varia de 30 (trinta) a 500 (quinhentos) metros, ou ao recuo de 15 (quinze) metros determinado no art. 4º, caput, III, da Lei n. 6.766/1979.”

O aparente conflito de normas foi superado pelo Superior Tribunal de Justiça com base no critério da especialidade definido no artigo 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, entendendo os Ministros que o Código Florestal é mais específico do que a Lei de Parcelamento do Solo Urbano e deve sobre ele prevalecer, por ser a norma que melhor protege o meio ambiente e garante a aplicação do princípio do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, estabelecido no art. 225 da Carta Magna.

Frente a tal posição, o Enunciado 1010 determina que

"Na vigência do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), a extensão não edificável nas Áreas de Preservação Permanente de qualquer curso d'água, perene ou intermitente, em trechos caracterizados como área urbana consolidada, deve respeitar o que disciplinado pelo seu artigo 4º, caput, inciso I, alíneas a, b, c, d, e, a fim de assegurar a mais ampla garantia ambiental a esses espaços territoriais especialmente protegidos e, por conseguinte, à coletividade".

Diante do novo posicionamento adotado, foram vários os segmentos sociais que criticaram a decisão, se embasando, principalmente, no entendimento de que nas áreas urbanas consolidadas deveria ser aplicado o disposto no artigo 4º, inciso III, da Lei nº 6.766/1979, sob o argumento de que tal legislação seria mais específica do que o próprio Código Florestal e que havia clara delimitação de qual seria a reserva obrigatória de área não edificável urbana, ou seja, com mínimo de 15 metros de cada lado das margens.

Houve críticas, ainda, em relação a ausência de modulação sobre a extensão do tema.

Os interessados na demanda pretendiam que o Tribunal estendesse a decisão em relação aos efeitos da decisão sobre os empreendimentos e obras licenciados e aprovados com fundamento na Lei nº 6.766/79, sobre a imprescritibilidade do dano ambiental e em relação a vedação ao fato consumado em matéria ambiental.

Assim, não foi definido se o resultado do julgamento seria aplicado ou não às edificações projetadas e aprovadas antes do julgamento.

Na prática, a decisão tomada pelo STJ tem efeitos imediatos, devendo ser aplicada a situações pretéritas e já consolidadas, havendo a possibilidade de discussão quanto a aplicabilidade em relação às construções edificadas antes da entrada em vigor do Código Florestal de 2012, caso para os quais poderiam ser observados os parâmetros da Lei de Parcelamento de Solo Urbano.

6.A LEI POSTERIOR AO JULGAMENTO DO TEMA 1010

Paralelamente ao julgamento do Tema 1010 pelo STJ houve a discussão pelo Congresso Nacional sobre as regras para as APPs em áreas urbanas consolidadas.

Após ampla discussão foi aprovada e sancionada a Lei nº 14.285, de 14 de dezembro de 2021, que altera as Leis nº. 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, e a Lei nº. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano.

A *novel lex* retirou do texto da nº. 6.766/1979 a regulamentação sobre a metragem mínima das APPs a ser protegida ao longo dos cursos d'água em área urbana consolidada.

Segundo a referida Lei, em áreas urbanas consolidadas, ouvidos os conselhos estaduais, municipais ou distrital de meio ambiente, a lei municipal ou distrital poderá definir faixas marginais distintas da regra geral para as APPs localizadas nas margens dos cursos d'água.

A lei municipal ou distrital deverá conter regras que estabeleçam a não ocupação de áreas com risco de desastres e observem as diretrizes do plano de recursos hídricos, do plano de bacia, do plano de drenagem ou do plano de saneamento básico, se houver.

Restou determinado, ainda, a previsão de que as atividades ou os empreendimentos a serem instalados nas áreas de preservação permanente urbanas devem observar os casos de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental fixados nesta Lei.

Assim, o novo texto legal reservou para os municípios a competência para definir o tamanho das APPs nas margens do rio localizados em zona urbana.

7.A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 14.285/2021

Várias vozes soaram contra a edição da lei mais branda, segundo os quais as APPs em área urbana seriam matéria de interesse abrangente e deveriam observar os padrões

estabelecidos pelo Código Florestal, que veicula norma geral sobre essa matéria (DINO, 2022).

Foi exatamente esse o entendimento do Ministro Benedito Gonçalves, relator do Tema 1010 do STJ, segundo o qual a definição pela incidência do Código Florestal leva em consideração a melhor e mais eficaz proteção ao meio ambiente.

A preponderância em favor do meio ambiente, assim como dispõe o artigo 225 da Constituição Federal, determina que deve ser observado o princípio do desenvolvimento sustentável, contido no artigo 170, VI.

Por sua vez, a ordem econômica deve observar as funções social e ecológica da propriedade, promovendo desenvolvimento com sustentabilidade.

Inegavelmente as inovações legislativas trazidas pela Lei nº 14.285/2021 implicam em verdadeira limitação na extensão das APPs em áreas urbanas consolidadas e podem ser interpretadas como ofensa ao princípio da predominância do interesse, segundo o qual as matérias de maior interesse social são de incumbência legislativa da União.

Ora, o princípio da predominância do interesse é o que norteia a repartição das competências entre os entes federados.

De acordo com esse princípio, serão incumbidas à União todas as matérias de predominante interesse nacional, isto é, aquelas matérias que necessitam de um regramento uniforme por haver um interesse geral da nação sobre os mesmos. É importante destacar que a Constituição Federal, em seu artigo 24, V, estabelece a competência concorrente entre União, Estados-membros e Distrito Federal para legislar sobre matérias relativas à proteção do meio ambiente.

Os Municípios possuem apenas a competência suplementar para legislar sobre assuntos de natureza ambiental local, conforme previsão do artigo 30, I, da Carta Federal, porém essa competência não pode contrariar ou abrandar legislação federal ou estadual.

Na lição de Fiorillo (2004, p.67), a competência suplementar ambiental somente pode tratar de matéria de interesse local.

Na repartição de competências legislativas aplica-se o princípio da predominância dos interesses, de modo que à União caberão as matérias de interesse nacional, aos Estados, as de interesse regional, enquanto aos municípios tocarão as competências legislativas de interesse local. Essa é a regra norteadora da repartição de competências. Todavia, em algumas matérias, em especial no direito

ambiental, questões poderão existir não só de interesse local, mas também regional ou, até mesmo nacional.

Jose Affonso Machado (2013, p. 441), explica que os municipais “tem competência para legislar sobre assuntos de interesse local e para suplementar a legislação federal e estadual”.

O verbo suplementar, na definição do dicionário Michaelis (2022) se refere “a suplemento, que serve de auxílio, que supre o que falta, que amplia ou completa uma explicação ou exposição anteriormente dada, que se junta como suplemento, adicional”.

Na mesma linha de raciocínio Machado (2013, p. 441), explica que o município “tem competência para legislar sobre assuntos de interesse local e para suplementar a legislação federal e estadual”.

Ora, vemos que em matéria ambiental o município somente pode legislar de modo suplementar, ou seja, completando a norma federal ou estadual em favor do meio ambiente, fazendo alterações que ampliem a proteção em razão de peculiaridades locais.

A norma suplementar municipal jamais poderá alterar os limites das faixas marginais dos cursos d’água, que são espaços urbanos indispensáveis a preservação do meio ambiente urbano. De fato, é nas cidades que existe maior incidência de poluição e, por consequência deve haver maior proteção.

Ora, se a lei municipal diminuir o tamanho das APPs dos cursos d’água em sua zona urbana, fatalmente estará contrariando o artigo 4º do Código Florestal, que prevê que as faixas marginais das APP sem área urbana variem de 30 a 500 de acordo com a largura do rio. Isto acarretará a extrapolação de sua competência legislativa, implicando em flagrante inconstitucionalidade.

Ademais, a definição das competências legislativas é matéria constitucional e não pode ser alterada por lei infraconstitucional. O texto da Lei nº 14.285/2021 eleva a competência legislativa do município para tratar de assunto que abrange interesse nacional, sendo inconstitucional também neste particular.

Por todas essas razões, a Lei nº 14.285/2021 tem grande chance de ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e, em tal condição, só terá gerado mais insegurança jurídica ao afrontar preceitos constitucionais e uma jurisprudência amplamente consolidada (ANTUNES, 2022).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente a análise do tema proposto, chega-se à conclusão de que os espaços urbanos precisam de uma melhor proteção ambiental para confrontar a poluição gerada nas cidades.

As mudanças legislativas que alteraram o Código Florestal, atribuindo competência para os municípios legislarem sobre a definição do tamanho das faixas marginais dos rios localizados em suas zonas urbanas diminuem a proteção do meio ambiente urbano, sendo daí inconstitucionais.

A inconstitucionalidade se revela, ainda, na competência legislativa do município para legislar em matéria ambiental. A competência legislativa é definida pela predominância dos interesses, de modo que à União caberão as matérias de interesse nacional, que é o caso do direito ambiental, aos Estados, as de interesse regional, enquanto aos municípios tocarão as competências legislativas de interesse local.

Logo, existe verdadeira insegurança jurídica sobre a definição das APPs em áreas marginais aos rios localizados em zona urbana consolidada o que coloca em risco toda sociedade, pois implica em alteração de uma parcela ambiental urbana importantíssima para assegurar ao cidadão o usufruto do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS

CABRAL, João Francisco Pereira. **O conceito de animal político em Aristóteles**; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/o-conceito-animal-politico-aristoteles.htm>. Acesso em 20 de outubro de 2022.

CABRAL, João Francisco Pereira. **Hobbes e o estado de natureza**; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/hobbes-estado-natureza.htm>. Acesso em 20 de outubro de 2022.

PEREIRA NETO, João Basílio. **O Século das Cidades no Brasil**. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/3681>, acessado em 05/04/2022.

ONU NEWS. ONU prevê que cidades abriguem 70% da população mundial até 2050. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/02/1660701>, acessado em 05/04/2022.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, 21ª Edição, São Paulo: Malheiro Editores, 2013.

WACHELESKI, Sergio Costantino. **A Reserva Florestal Legal em Área de Transição Amazônia - Cerrado: O Caso do Município de Colinas Do Tocantins/TO**. Disponível em:

https://docplayer.com.br/1746931-Sergio-costantino-wacheleski-a-reserva-florestal-legal-em-area-de-transicao-amazonia-cerrado-o-caso-do-municipio-de-colinas-do-tocantins-to.html#show_full_text. Com acesso em 20/10/2022.

Brasil, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10/04/2022.

BRASIL, **Decreto nº. 4.421 de 28 de dezembro de 1921**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL4235-1921.htm, acessado em 10/10/2022.

BRASIL, **Lei 12.651, de 25 de maio de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm, acessado em 12/03/2022.

BRASIL, **Lei 6.766, de 19 de setembro de 1979**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm, acesso em 14/03/2022.

BRASIL, **Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm, acessado em 14/03/2022.

BRASIL, **Lei nº 14.285, de 14 de dezembro de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14285.htm, acessado em 14/03/2022.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça, Enunciado 1010, de 10 de maio de 2021**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1010&cod_tema_final=1010, acessado em 18/09/2022.

DINO, Nicolao. **Inconstitucional, Lei 14.285/21 fragiliza proteção de APP sem área urbana consolidada**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lei-14-285-2021-inconstitucional-fragiliza-protecao-apps-area-urbana-consolidada-31012022#:~:text=meio%20ambiente-Inconstitucional%2C%20Lei%2014.285%2F21%20fragiliza%20prote%C3%A7%C3%A3o%20de,APPs%20em%20%C3%A1rea%20urbana%20consolidada&text=A%20Lei%2014.285%2F2021%2C%20de,11.952%2F2009%20e%20o%20art.>, acessado em 11/04/2022.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro** - 20. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, 21ª Edição, São Paulo: Malheiro Editores, 2013.

Dicionário Michaelis. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/suplementar>, acessado em 12/04/2022.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **A proteção insuficiente e a Lei nº.14.285/2021.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-03/paulo-antunes-protecao-insuficiente-lei-142852021>, acessado em 11/04/2022.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil - Vol. 1 - Lei de Introdução e Parte Geral** – 14ª edição, São Paulo: Editora Forense, 2018.

MERCADO DE CAPITAIS E ALGORITMOS: REGULAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE ALTA FREQUÊNCIA E BREVE ANÁLISE DA ESTRATÉGIA DE *SPOOFING*

FELIPE ALEXANDRE ABRANTES SOUZA:

Analista do Ministério Público da União - Direito. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

RESUMO: O presente artigo, realizado por meio de pesquisa bibliográfica, tem por objetivo analisar a influência da tecnologia no mercado de capitais, com especial atenção para as operações de alta frequência e o atual estágio da sua regulação no Brasil. Neste ínterim, aborda-se o uso da estratégia *spoofing* por investidores, bem como pronunciamentos da Comissão de Valores Mobiliários – CVM sobre o tema. Por fim, busca-se delimitar os principais desafios relacionados a esta tecnologia.

PALAVRAS-CHAVES: Mercado de capitais – Algoritmos – Regulação – Operações de Alta Frequência – *Spoofing*.

I. INTRODUÇÃO

A tecnologia tem progressivamente dominado os mercados de capitais ao redor do globo. Se, outrora, as Bolsas de Valores eram locais barulhentos, tomados por corretores que executavam ordens de compra e venda aos gritos nos salões de operações. Hoje, estas operações são realizadas por comandos computacionais e executadas por *match engines* (motores de combinação) obedecendo a instruções algorítmicas.

A tecnologia é sempre bem-vinda para otimizar os processos de qualquer setor, porém não se pode aceitá-la de forma acrítica. O crescente uso de tecnologia nos mercados de capitais deu espaço para o surgimento das chamadas operações de alta frequência (*high frequency trading* – HFT) que têm sido bastante festejada por alguns *players*, sob o argumento de que estas operações aumentariam a liquidez do mercado, contudo não há só efeitos positivos nesta inovação.

Isto não é um fenômeno isolado, mas parte de um processo maior de financeirização da economia. A discussão sobre as HFTs remete ao processo de intensa financeirização da economia, com o mercado financeiro assumindo protagonismo frente a chamada economia real. Muito se discute a respeito da geração de capital fictício nos mercados financeiros, que se descola do capital produtivo, fomentando crises que irrompem nos momentos de correção dos mercados.

As HFTs têm possibilitado diversas práticas que tangenciam a fronteira com o ético e, algumas vezes, com a legalidade. Operadores aproveitam-se da alta velocidade a que tem acesso e da possibilidade de agir antes de outros participantes do mercado para gerar lucro, porém já há estratégias reconhecidamente abusivas, que tem por objetivo manipular o preço de ativos por meio de ordens que são lançadas e rapidamente canceladas (*spoofing* e *layering*). Além disso, questiona-se a função das HFTs, se gerariam algum valor para o mercado ou seriam apenas um intermediador desnecessário que aumentaria os custos de transação.

De toda forma, a regulação das HFTs é necessária e, para isso, o regulador precisa ter acesso à tecnologia compatível. Aqui há o desafio, porque o regulador, Comissão de Valores Mobiliários – CVM, não tem o instrumental necessário para realizar este acompanhamento, dependendo do autorregulador, BM&FBovespa Supervisão de Mercados (BSM), para tratar os dados das operações de alta frequência a fim de detectar ações ilegítimas.

O objetivo do presente artigo é analisar as operações de alta frequência sob o enfoque jurídico, traçando proposições para sua regulação, sem ignorar o contexto econômico e sociológico em que insere.

II. MERCADO DE CAPITAIS, DINÂMICA DE FUNCIONAMENTO E SISTEMAS INFORMACIONAIS

O desenvolvimento dos mercados de capitais acompanhou o crescimento das economias mais desenvolvidas do mundo. Não se pode negar as evidências que um mercado financeiro, em especial um mercado de capitais, pujante auxilia na dinamização da economia e no fortalecimento do setor produtivo. Neste sentido, afirma John Kay que as estatísticas evidenciam uma relação entre o crescimento da renda per capita e o desenvolvimento das finanças¹¹⁰. Neste ponto, é interessante lembrar que as principais finalidades dos mercados financeiros são disponibilizar meios de pagamento, facilitar o encontro entre os poupadores e os tomadores de capital, auxiliar na gestão das poupanças das famílias e auxiliar no controle dos riscos das atividades em geral¹¹¹. O mercado de capitais, em especial, permite o encontro entre os superavitários e os deficitários de capital, que precisam deste para investir em negócios do setor produtivo.

Quando a empresa vai até o mercado de capitais para obter recursos, aqui será feita uma simplificação, ela emite ações e com isso aumenta seu capital, para financiar seus

¹¹⁰ KAY, John. *Other People's Money: The Real Business of Finance*. Nova York: Public Affairs, 2015. I. 211.

¹¹¹ KAY, Op. Cit., I. 261.

investimentos ou reordenar suas dívidas, este é o denominado mercado primário de ações. Tais títulos permanecem sendo negociados nas bolsas de valores, sem consequências diretas no capital da companhia emitente, ocorrendo somente a transferência da propriedade dos papéis no denominado mercado secundário¹¹². O registro das transferências de propriedade dos títulos e valores mobiliários, que caracteriza o mercado secundário, ocorre principalmente nas Bolsas de Valores, cujos objetivos, nas palavras de Assaf Neto, são:

- promover uma segura e eficiente liquidação das várias negociações realizadas em seu ambiente;
- desenvolver um sistema de registro e liquidação das operações realizadas;
- desenvolver um sistema de negociação que proporcione as melhores condições de segurança e liquidez aos títulos e valores mobiliários negociados;
- fiscalizar o cumprimento, entre seus membros e as sociedades emissoras dos títulos, das diversas normas e disposições legais que disciplinam as operações em bolsa¹¹³.

O mercado secundário desenvolvido proporciona segurança e liquidez para os investidores, que, de outra forma, não teriam incentivos em alocar seu capital acumulado em valores mobiliários, pela incerteza sobre a possibilidade de vendê-los posteriormente. As bolsas de valores, enquanto instituição habilitada a operar o mercado secundário junto com os mercados de balcão organizado, têm por função básica proporcionar liquidez aos valores de emissão de companhias abertas¹¹⁴.

As primeiras bolsas de valores correspondiam a verdadeiras feiras em que se comerciava títulos relacionados a frações de empresas (ações) e commodities, na sequência iniciou-se a transação de títulos relacionados a securitização de eventos, financeiros ou não, e a partir daí foram surgindo uma gama de novos instrumentos financeiros cada vez mais complexos¹¹⁵. Ademais, se no começo as bolsas funcionavam por meio de pessoas aos gritos que buscavam negociar aos preços mais vantajosos, o avanço tecnológico foi aos poucos ganhando espaço neste ecossistema. Primeiro, como auxiliares da atividade,

¹¹² ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado Financeiro*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 229.

¹¹³ ASSAF NETO, Op. Cit., p. 230.

¹¹⁴ CAVALI, Marcelo Costenaro. *Manipulação do Mercado de Capitais: Fundamentos e Limites da Repressão Penal e Administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 108.

¹¹⁵ KAY, Op. Cit., II. 306-1096.

facilitando o trabalho prestado pelos operadores do mercado, para depois substituí-los em grande parte das tarefas¹¹⁶.

Na maior parte do mundo, inclusive no Brasil, não existem mais os salões de pregões onde os corretores buscam vender e comprar ações. Tudo isto ocorre por meio de computadores, os chamados *match engines* das bolsas de valores ou motores de combinação (MC). Os corretores também não mais precisam lançar as ordens pelos seus clientes, que facilmente podem registrar por si mesmos do seu computador pessoal, pelo chamado *home broker*.

É verdade que ainda há diversos profissionais da indústria financeira que prestam serviços relacionados ao mercado de capitais, há os analistas de investimentos, consultores financeiros, gestores de fundos de investimentos, entre outros. Entre os citados, muitos ainda realizam e auxiliam a realizar investimentos com base na análise fundamentalista dos valores mobiliários (*value investing*) – análise minuciosa das informações da companhia, como os documentos contábeis, entre outros, com o intuito de ter ganhos com o crescimento da companhia ao longo do tempo. Esta espécie de investidor possui uma perspectiva de longo prazo para seus investimentos.

Existem também aqueles que analisam as oscilações dos preços dos títulos mobiliários nos curto e médio prazos, a fim de constatar padrões nestes movimentos com o objetivo de realizar transações de curto prazo, que podem ser no mesmo dia (*day trade*) ou no intervalo de poucos dias (*swing trade*). Esta análise direta de gráficos dos históricos de preços do ativo é chamada de análise gráfica. As estratégias operadas, por este instrumento, tendem a ser de curto prazo.

Os *players* do mercado atuam por meio de sistemas informacionais, pois, conforme já visto, o mercado de capitais está inteiramente informatizado. Contudo, para os operadores de curto prazo, mormente para os *day traders*, o tempo para realizar uma transação tornou-se um ativo muito cobiçado, isto inclui o tempo para realizar a transação em si, bem como a escolha de qual transação realizar. Com o advento de uma tecnologia capaz de realizar cada vez mais tarefas a uma velocidade cada vez maior, houve o surgimento das operações de alta frequência (*high frequency trade* – HFT).

Este crescente uso de sistemas informacionais no mercado financeiro, em especial no mercado de capitais, compõe um processo maior, em que as finanças têm se destacado cada vez mais na economia. A complexidade cada vez maior de ativos

¹¹⁶ SOUSA, Isabel Barros de. Negociação Algorítmica de Alta Frequência: Questões jurídicas e económicas. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43075/2/Isabel%20Sousa-tese.pdf>>; Acesso em: 13 ago. 2019.

financeiros, a assunção de riscos mais elevados, o grande volume de capital apropriado pelo sistema financeiro são algumas das características deste processo chamado de financeirização da economia.

II.1. Financeirização da economia

Edemilson Paraná, fazendo uma leitura de François Chesnais, conceitua o fenômeno da financeirização nos seguintes termos:

(...) como um processo de reordenação lógica geral da acumulação de capital em prol da valorização financeira, ou seja, de submissão do processo produtivo como um todo aos objetivos e modos de funcionamento desta. Tal processo pode ser explicado contemporaneamente pela i) autonomização da esfera financeira em relação à esfera da produção e ao controle do Estado; ii) pelo fetichismo próprio das formas de valorização do capital de natureza financeira (devido ao seu caráter altamente abstrato e fictício); e iii) pelo crescente poder dos “operadores financeiros” de traçar os contornos e os rumos da economia como um todo, ao decidirem quais agentes, de que países e que tipos de transação podem entrar ou não na mundialização financeira¹¹⁷.

O referido fenômeno confere protagonismo às finanças frente a atividade produtiva, o que parece contraditório, porque a finalidade daquela, em um primeiro momento, seria justamente viabilizar esta. Neste sentido, Kay indica que as mudanças na natureza das finanças teriam pouco a ver com qualquer mudança nas necessidades da economia real que permaneceriam sendo: processamento de meios de pagamento; extensão de crédito; prover capital para os negócios; gestão das poupanças dos indivíduos; e, auxílio na gestão dos riscos que existem na vida econômica dos indivíduos. Arremata que alguns destes serviços estão melhores, muitos não¹¹⁸.

Por outro lado, Giovanni Arrighi apresenta uma outra leitura do fenômeno da financeirização:

(...) O aspecto central desse padrão é a alternância de épocas de expansão material (fases DM de acumulação de capital) com fases de renascimento e expansão financeiros (fases MD'). Nas fases de expansão material, o capital monetário “coloca em movimento” uma

117 PARANÁ, Edemilson. *A Finança Digitalizada*. capitalismo financeiro e revolução informacional. Florianópolis: Insular, 2016. p. 24.

118 KAY, Op. Cit., I. 436.

massa crescente de produtos (que inclui a força de trabalho e dívidas da natureza, tudo transformado em mercadoria); nas fases de expansão financeira, uma massa crescente de capital monetário “liberta-se” de sua forma mercadoria, e a acumulação prossegue através de acordos financeiros (como na fórmula abreviada de Marx, DD'). Juntas, essas duas épocas, ou fases, constituem um completo ciclo sistêmico de acumulação (DMD').

Nossa investigação é, essencialmente, uma análise comparativa dos sucessivos ciclos sistêmicos de acumulação, numa tentativa de identificar (1) os padrões de recorrência e evolução, que se reproduzem na atual fase de expansão financeira e reestruturação sistêmica, e (2) as anomalias da atual fase de expansão financeira, que podem levar a um rompimento com padrões anteriores de recorrência e evolução. Serão identificados quatro ciclos sistêmicos de acumulação, cada qual caracterizado por uma unidade fundamental do agente e estrutura primários dos processos de acumulação de capital em escala mundial: um ciclo genovês, do século XV ao início do XVII; um ciclo holandês, do fim do século XVI até decorrida a maior parte do século XVIII; um ciclo britânico, da segunda metade do século XVIII até o início do século XX; e um ciclo norte-americano, iniciado no fim do século XIX e que prossegue na atual fase de expansão financeira. Como se vê por esta periodização aproximada e preliminar, os ciclos sistêmicos consecutivos de acumulação se superpõem e, embora adquiram uma duração progressivamente mais curta, todos duram mais de um século: daí a ideia de “século longo”, que será tomada como unidade temporal básica na análise dos processos mundiais de acumulação de capital¹¹⁹.

A ideia desenvolvida é que a expansão material de determinado país, que se torna hegemônico, seria seguida de uma expansão financeira, porque a expansão material encontraria uma barreira para sua continuidade. Isto formaria um ciclo e um novo ciclo se iniciaria com o capital financeiro acumulado, no então país hegemônico, sendo transferido para um país em franca expansão material, que acabaria por se tornar o líder do novo ciclo.

119 ARRIGHI, Giovanni. *O Longo Século XX: dinheiro, poder e as origens do nosso tempo*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2013. p. 6.

Contudo, o autor apresenta anomalias no presente ciclo, como o esgotamento de possibilidades de expansão material, que acarretariam a mudança desta dinâmica.

A financeirização vem acompanhada do desenvolvimento tecnológico, mas este não pode ser visto como prerequisite indispensável do apogeu das finanças, conforme explica Paraná¹²⁰. Entre outros processos que podem ser apontados como causas da dominação financeira, está a necessidade de dinamizar a circulação de capital, para garantir maiores lucros aos seus detentores, pela sua crescente abstração e descolamento da atividade produtiva, gerando capital fictício na denominação de Marx¹²¹.

Destaca-se, como instrumento para operacionalização da financeirização, o capitalismo de laços traduzido em poder político apropriado pelo mercado financeiro ao longo dos anos e responsável por uma política de regulação que atende diretamente seus interesses, numa análise inicial apenas sobre o mercado estadunidense, pela sua proeminência e poder de influência sobre os demais. Em suma, a relação entre o mercado financeiro e o governo americano é estreita, com vários altos executivos de grandes bancos ocupando em alguns momentos altos cargos nas pastas econômicas do governo¹²².

Estas relações foram as responsáveis pela desregulação do mercado financeiro americano ou, melhor, pela escolha de uma regulação mais vantajosa para determinados *players*. Neste contexto, com regras menos rígidas, o ambiente tornou-se propício ao desenvolvimento de ativos financeiros cada vez mais complexos, que não precisavam demonstrar sua viabilidade, de acordo com a tese que os mercados se autorregulam. E, assim, os CDSs (*Credit Default Swaps*) e CDOs (*Collateralized Debt Obligation*) lastreados em títulos hipotecários podres, ou seja, hipotecas que não eram pagas pelos devedores, deram ensejo a fatídica crise do *subprime* de 2008.

A despeito da ideia de que os mercados financeiros não deveriam sofrer interferência do Estado, por meio da regulação, a verdade é que, com a eclosão da crise de 2008, o Estado americano foi convocado para realizar o resgate dos grandes bancos, o chamado *bailout*, sendo que o valor transferido chegou a um total de, pelo menos, 700 bilhões de dólares¹²³.

120 PARANÁ, Op. Cit., 2016, p. 24

121 PARANÁ, Op. Cit., 2016, pp. 73-76.

122 CHOMSKY, Noam. *Réquiem para o sonho americano: os dez princípios de concentração de riqueza e poder*. Tradução Milton Chaves de Almeida. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2017.

123 HERSZENHORN, David M. Congress approves \$ 700 billion Wall Street bailout. New York Times. 3 out. 2008. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2008/10/03/business/worldbusiness/03iht-bailout.4.16679355.html>>. Acesso em: 3 ago. 2019.

A respeito da necessidade de regular mercados, a Professora Ana Frazão ensina que os mercados não são construções naturais e, sim, formações artificiais que dependem de regras jurídicas para sua existência, enquanto fenômenos sociais, políticos, econômicos e jurídicos¹²⁴.

Após as falhas e até mesmo irregularidades cometidas que levaram a economia ao colapso em 2008, houve certa movimentação inicial por parte de políticos e organizações da sociedade civil, porém os executivos responsáveis não foram punidos, o sistema não foi seriamente revisto, não se pensou, de forma mais efetiva, que os mercados financeiros precisavam ser remodelados.

Neste contexto, ganham mais espaço as operações de alta frequência, que se utilizam da dupla tempo e tecnologia para gerar lucros vultosos. Tais operações executam estratégias muito complexas de especulação financeira, bem como lançam mão de alta tecnologia em hardware e sofisticados algoritmos computacionais. Não é simples compreender, em todos os detalhes, como eles estão lucrando.

A construção deste raciocínio, partindo da financeirização e chegando as operações de alta frequência, tem por intuito apresentar evidências de que estas operações fazem parte de um contexto maior, em que a produção de bens físicos perde espaço para manobras financeiras. Mais a frente será abordado alguns desafios da regulação desta espécie de operação e este contexto será importante na delimitação do debate.

II.2. Operações de Alta Frequência

As operações de alta frequência utilizam-se do que há de mais avançado em sistemas informacionais para transacionar ativos financeiros em frações de segundo. A base da ideia é ganhar muito pouco por operação, mas realizar uma quantidade muito grande de operações, a fim de garantir um lucro relevante.

A evolução desta espécie de operação remonta a sofisticação dos modelos matemáticos para precificação e previsão de performances de ativos financeiros, a fim de construir estratégias de investimentos. Nesta linha, com o avanço da informática, também propiciado pelos modelos matemáticos mais avançados, algoritmos de negociação passaram a realizar várias funções, antes atribuídas a seres humanos, de maneira mais rápida e racional. Apoiando-se em conceitos de matemática, estatística, reconhecimento de padrões, teoria dos jogos, entre outros, os profissionais do mercado passaram a desenvolver modelos de investimento baseados em algoritmos complexos para se antecipar aos movimentos do mercado e obter vantagens nas negociações. Com o

¹²⁴ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 73-105.

aumento da capacidade de processamento dos computadores, estes modelos matemáticos se tornaram cada vez mais complexos até o surgimento do *Algorithmic Trading* ou *Algo Trading* (AT), sendo o *High Frequency Trading* um desdobramento direto deste avanço tecnológico¹²⁵.

Todo este desenvolvimento tecnológico tinha por objetivo lidar de forma mais eficiente e rápida com a informação que circula nos mercados de capitais e influenciam nos preços dos ativos, afinal, ter uma informação antecipada e saber as consequências dela é muito valioso neste ambiente. Paraná descreve, citando Stiglitz, que a informação em si não tem valor para o mercado, somente podendo ser explorada a partir das assimetrias que existem em todas as economias¹²⁶.

Os custos das operações de alta frequência, em escala profissional, são altos, porque precisam investir em equipamentos de ponta, bem como custear a localização dos equipamentos perto do motor de combinação da bolsa de valores, o que pode se dar em um prédio próximo (*proximity hosting*) ou mesmo no próprio prédio da bolsa (*co-location*)¹²⁷. Há também o alto custo com as taxas de negociação da bolsa, que apesar de realizar uma tarifação especial para tal espécie de operação, permanece grande, tendo em vista o volume negociado. Outro ponto que eleva a necessidade de capital para executar tal estratégia se dá no fato de ter que alocar recursos em diferentes papéis e em certa quantidade, a fim de garantir o lucro almejado. De toda forma, mesmo considerando os custos elevados, as HFTs ainda são muito lucrativas, o que atrai uma gama de interessados. Além disso, aquele que não tem condições de operar em HFT fica em desvantagem em relação ao resto do mercado, o que gera uma pressão por uma utilização cada vez maior deste instrumento.

Neste contexto, as operações realizadas com o uso do *co-location* – categoria que congrega operações com AT e HFT –, no segmento Bovespa, chega a 15,6% do volume – valor – médio diário total negociado em dezembro de 2016, partindo de um mínimo de 0,2% do volume diário negociado em setembro de 2010. Em relação ao número de negócios realizados, no mesmo período, parte de 1,4% e chega a 43,5%. A Bovespa deixou de divulgar os valores correspondentes à participação de HFTs no volume total transacionado a partir de novembro de 2013. Contudo, Edemilson Paraná usando os dados das operações realizadas por *co-location*, que é massivamente utilizada para HFTs, bem como por meio de uma margem de aproximação, alcançada por comparação de dados passados, chegou a conclusão que cerca de 40% de todos os negócios realizados na

125 PARANÁ, Op. Cit., 2016, pp. 117-118.

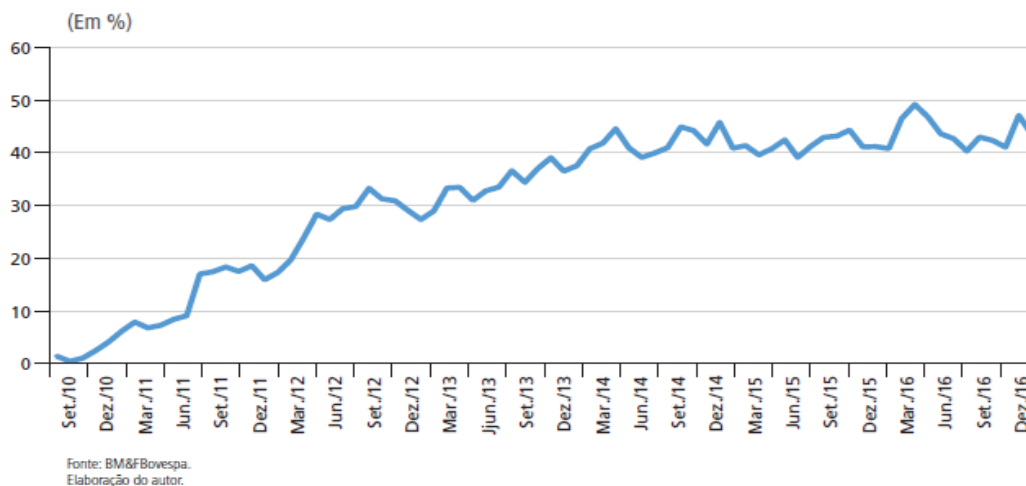
126 PARANÁ, Op. Cit., 2016, p. 131.

127 SOUSA, Op. Cit.

Bovespa eram feitos por mecanismos de negociação automatizada ao fim do período de análise¹²⁸.

Gráfico 1

Co-location (número de negócios) – segmento Bovespa



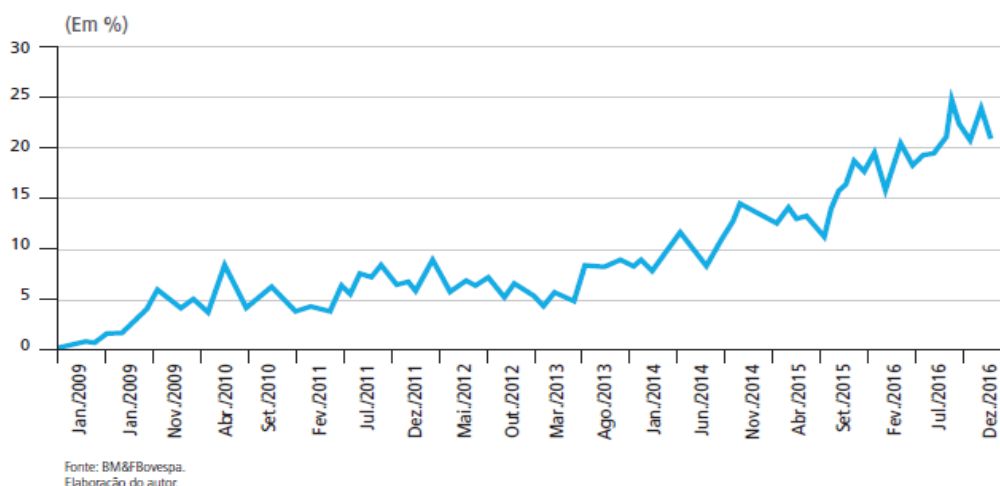
Fonte: PARANÁ, Edemilson. A digitalização do mercado de capitais no Brasil: tendências recentes.

O segmento BM&F – ambiente de negociação de contratos de derivativos financeiros e de mercadorias – também testemunhou o crescimento exponencial das HFTs. Em relação ao número diário de contratos negociados, partiu de 0,1%, em janeiro de 2009, e chegou a 22,5%, em dezembro de 2016¹²⁹.

Gráfico 2

¹²⁸ PARANÁ, Edemilson. A digitalização do mercado de capitais no Brasil: tendências recentes. 2018. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8280/1/TD_2370.PDF>. Acesso em: 8 ago. 2019.

¹²⁹ PARANÁ, Op. Cit., 2018.



HFT (número diário de contratos) – seguimento BM&F

Fonte: PARANÁ, Edemilson. A digitalização do mercado de capitais no Brasil: tendências recentes.

Os operadores de HFT (*High Frequency Traders* – HFTr) utilizam uma série de estratégias, entre as quais, Isabel Sousa¹³⁰ lista:

- Criação de mercado (*market making*): os operadores de HFT conferem liquidez ao mercado, pelas contínuas ofertas de compra e venda. Oferecem para comprar a um preço um pouco superior ao mercado e vendem a um preço um pouco menor. As margens de lucro de cada operação são mínimas, mas isto é compensando pelo volume de operações;
- Arbitragem: consiste no aproveitamento de discrepância de ativos financeiros entre mercados. Aproveitam-se da velocidade para perceber que determinados papéis estão sendo negociados a preços diferentes em lugares diferentes e com isso gerar lucro;
- Arbitragem estatística: os algoritmos informáticos analisam as probabilidades estatísticas de flutuação dos preços dos ativos financeiros em dado mercado;
- Arbitragem de latência: os operadores de alta frequência aproveitam-se de sua vantagem competitiva, em relação a outros *players* do mercado, para executar operações antes. Nesta estratégia, a velocidade é fundamental para o sucesso das transações;
- Arbitragem estrutural: correlaciona-se com a arbitragem de latência. Nesta estratégia, os HFTr aproveitam-se das vulnerabilidades

¹³⁰ SOUSA, Op. Cit.

estruturais entre mercados, utilizando-se da velocidade que dispõem, para a realização de transações primeiro que outros;

- Arbitragem direcional: essencialmente especulativa, acontece quando os HFTr entendem que o preço da ação se deslocou de seu “valor fundamental”;
- *Liquidity rebate trading*. diversas bolsas têm oferecidos taxas mais vantajosas aos agentes que conferem liquidez aos mercados. Assim, por esta estratégia, os HFTr aproveitam-se das vantagens oferecidas pelas bolsas de valores para lucrar;
- *Momentum ignition*: consiste na submissão e cancelamento de uma série de ordens, a fim de atrair outros participantes do mercado. Pode-se confundir com práticas ilícitas como o *spoofing* e o *layering*;
- *Order anticipation strategy*. os algoritmos verificam grandes ordens de compra e de venda no mercado, para se posicionarem antes, fazendo suas operações em primeiro lugar.

Estas estratégias citadas não são taxativas, sendo certo que há inúmeros profissionais formulando novas estratégias diariamente, a fim de criarem vantagens em relação aos demais operadores de alta frequência e, em consequência, a todo mercado. Do mesmo modo, a sucinta descrição feita de cada estratégia não tem por objetivo esclarecer de forma completa como ocorrem, até mesmo porque são complexas, o propósito é apresentar um panorama destas operações.

Pela análise das estratégias, constata-se que buscam, em suma, obter informações relevantes antes dos outros, para executar os negócios em primeiro lugar. Questiona-se, então, qual o valor econômico gerado por este tipo de operação?

A criação de liquidez seria a resposta. Há um discurso, inclusive encapado pelas bolsas de valores, que as operações de alta frequência dão liquidez ao mercado e, por isso, deveriam ser estimuladas. Mas que liquidez é essa?

Kay¹³¹ conceitua liquidez como sendo a capacidade de responder as demandas que surgem, mesmo em eventuais picos de demanda, sem rupturas. E alerta que a grande liquidez propagada como necessária pelos mercados, não é necessária, em grande escala, para os usuários finais (famílias, negócios não financeiros, governos), mas sim para os

131 KAY, Op. Cit., l. 1710.

profissionais do mercado financeiro, os intermediários¹³². Além disso, em relação aos operadores de alta frequência, John Kay arremata:

But high-frequency traders make no contribution to market liquidity in the sense in which the term liquidity is used in this chapter; they cannot enhance the capacity of the market to meet a sudden or exceptional demand without disruption because they provide no capital to the market. Mostly, they 'close their books' at the end of every trading day¹³³.

Se os operadores de alta frequência, ao fim do dia, zeram todas as suas posições, ficando sem nenhum ativo na carteira, quer dizer que apenas serviram de ponte para ligar as duas pontas do livro de ofertas, o vendedor ao comprador. Ou seja, caso não existissem as operações de alta frequência, as duas pontas continuariam se encontrando, talvez não tão rápido, quase instantaneamente, mas ao fim do dia o negócio teria sido fechado. Esta demora maior, para boa parte dos usuários finais, não faz diferença, tendo em vista sua participação pontual no mercado, sendo relevante para os intermediários financeiros. Ao fim, sob um primeiro olhar, parece que esta ponte criada pelos operadores de alta frequência possui um pedágio, porque há, apesar de pequeno, o lucro realizado pelos HFTs em cada operação.

Além disso, a movimentação muito rápida de capital realizada pelas HFTs, por vezes, podem desencadear quedas bruscas nos preços dos ativos, porque basta um algoritmo – que movimenta certa quantia de capital – entender certo movimento incorretamente e agir num certo sentido, para induzir todo o mercado a uma tendência de baixa. Este fenômeno é denominado *flash crash*¹³⁴.

Não se quer aqui esgotar o tema e asseverar que as operações de alta frequência não tem uma utilidade para os mercados de capitais. Contudo, faz-se necessária uma reflexão sobre até que ponto elas dinamizam o mercado ou geram custos de transação e anomalias em seu funcionamento. E, principalmente, suscitar a discussão sobre os motivos da HFT ser tão estimulada pelas bolsas de valores.

III. OS DESAFIOS DA REGULAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE ALTA FREQUÊNCIA

A alta tecnologia propicia grande velocidade e, em consequência, um maior volume de negociações, isto dificulta a fiscalização das operações de alta frequência, pela grande quantidade de dados a ser analisada pelos reguladores do mercado. Esta nova

¹³² KAY, Op. Cit. I. 1771-1788.

¹³³ KAY, Op. Cit., I. 1796.

¹³⁴ PARANÁ, Op. Cit., 2016, pp. 136-137.

realidade impõe a necessidade dos reguladores terem equipamentos adequados para o processamento das informações, bem como equipe técnica capacitada para lidar com estas novas espécies de negociação¹³⁵.

Conforme já dito anteriormente, a tese que se tornou unânime no mercado financeiro foi a de que a regulação deveria ser a mínima possível, pois o mercado se autorregularia, corrigindo suas falhas. Esta ideia foi amplamente propagada por Alan Greenspan, seguindo as ideias de livre mercado de Milton Friedman, no que ficou conhecido como Doutrina Greenspan, segundo a qual deveria ser estimulada a livre concorrência entre os atores do mercado, sem a interferência do Estado¹³⁶. E, conforme ensina Coase, em muitos casos a intervenção estatal não seria a melhor escolha para solucionar problemas de mercado, tendo em vista os custos de transação que envolveria¹³⁷.

Contudo, há uma diferença entre o Estado se abster de regular, por entender que sua atuação naquele momento pode não ser tão efetiva, e não regular para privilegiar determinados grupos que já possuem certa vantagem competitiva em seu setor, seja pelo capital ou *expertise* acumulados. Assim, o Estado deixa de analisar a aplicação de regras para dada atividade, não porque acredita ser o melhor para o seu adequado funcionamento, mas sim porque foi cooptado por grupos de interesses, para os quais novas regras não seriam interessantes, apesar de que poderiam tornar o mercado mais competitivo e mais eficiente.

Neste sentido, a Professora Ana Frazão afirma:

A regulação jurídica do mercado não só é compatível, como é imprescindível para o seu funcionamento, motivo pelo qual a grande discussão não deveria ser sobre a necessidade e a importância desta regulação, mas sim sobre *como, em que medida e para que* ela deveria existir¹³⁸.

De outro lado, há a questão da assimetria informacional a respeito do próprio funcionamento das operações de alta frequência, porque nem todos os *players* do

135 PARANÁ, Op. Cit., 2016, pp. 158-160.

136 KAY, Op. cit., ll. 1071-1266.

137 COASE, Ronald H. The problema of social cost. 1960. Disponível em: <<https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

138 FRAZÃO, Op. Cit., p. 78.

mercado entendem, em profundidade, a dinâmica das operações de alta frequência, tornando difícil saber sua finalidade ou mesmo se a sua proliferação seria nociva.

Assim, em uma primeira análise, sem prejuízo de estudos mais profundos, constata-se que há indícios das operações de alta frequência gerarem, pelo menos, três efeitos nocivos, quais sejam: aumento dos custos de transação nos mercados de capitais; geração excessiva de capital fictício, sem lastro em produção material, com potencial de fomentar crises econômicas; e, criação de instabilidade nos mercados de capitais, pelo efeito dominó que alguns acontecimentos podem ocasionar nos algoritmos que executam as operações de alta frequência.

Os custos de transação aumentariam, porque os negociantes que antes se encontravam diretamente, não mais conseguiriam, porque a velocidade dos operadores de alta frequência permite que eles passem a frente e fechem negócios antes. Assim, os mais lentos, mesmo com o objetivo de comprar determinado ativo para o longo prazo, teriam que comprá-lo do operador de alta frequência que lhe passou a frente. Não houve a criação de nenhum valor econômico pela atuação do HFT, por isso o lucro por ele auferido pode ser entendido como um custo de transação imposto ao negociador de longo prazo.

Assim, há a possibilidade que parte dos ganhos experimentados pelos HFT não venha de uma atividade que melhora o funcionamento do mercado, mas, sim, de uma extração de valor deste mercado, sem uma contrapartida. Neste caso, os operadores de alta frequência funcionariam como parasitas e seriam determinantes na criação de capital fictício, que é aquele sem lastro na economia real. Esta ideia de que as operações de alta frequência não geram um valor real e se aproveitam dos investidores em geral é desenvolvida no livro de não ficção de natureza jornalística econômica *Flash Boys: a revolta em Wall Street*¹³⁹. Por outro lado, o capital fictício, por não ter seu lastro na economia real, cria as condições para a eclosão de uma crise financeira, porque diversos títulos representativos deste capital, quando reclamados em conjunto, eclodem uma crise de liquidez e confiança nos mercados¹⁴⁰.

As operações de alta frequência também tem o condão de gerar instabilidade nos mercados de capitais, porque, em muitos momentos, os algoritmos podem sofrer um efeito dominó e, pela velocidade em que atuam, propiciarem quedas bruscas nos ativos em geral, o que causará pânico. Isto pode acontecer por vários motivos, desde comportamentos inesperados de algoritmos, *bugs* em *softwares* ou *hardwares*

139 LEWIS, Michael. *Flash boys: a revolta em Wall Street*. Tradução Denise Bottman. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

140 PARANÁ, Op. cit., 2016, pp. 75-76.

congestionados¹⁴¹ até mesmo comportamentos maliciosos por parte de alguns operadores. Foi isto que aconteceu em 6 de maio de 2010, quando o índice *Down Jones Industrial Average* (DJI) caiu cerca de 1000 pontos em 20 minutos.

Outro ponto para reflexão em relação às estratégias das operações de alta frequência, seria a respeito da legitimidade de se perseguir uma informação antes dos demais agentes de mercado. Isso não se enquadraria no conceito de informação privilegiada ou *front running* (passar a frente)?

Longe de pensar em proibir tais atividades, há de se perquirir o motivo delas serem tão estimuladas pelas bolsas de valores, tendo em vista que é sabido que as bolsas alugam espaços dentro de seus prédios para que os operadores de alta frequência instalem seus servidores e, com isso, possam alcançar as maiores velocidades de conexão possíveis, além de terem uma tarifação diferente para este tipo de operação, como forma de viabilizá-la. Questiona-se: as bolsas de valores estimulam estas operações porque elas dinamizam os mercados de capitais ou porque aumentam os ganhos da própria bolsa mesmo em prejuízo do funcionamento do mercado?

A existência de indícios de que as estratégias de operações de alta frequência estão sendo nocivas aos mercados de capitais leva a reflexão a respeito da atual regulação destes mercados, bem como propostas para seu aprimoramento. Nas palavras de Cavali, “regular significa, portanto, impor limites jurídicos, mais ou menos rígidos, à atuação dos agentes privados em determinado setor econômico ou social”¹⁴². Prosseguindo, explica que a atividade regulatória compreende a normativa, a fiscalizatória e a sancionadora, sendo que a atuação concertada das três atividades é primordial para o sucesso da política regulatória, sendo que a atividade sancionadora tem por objetivo garantir a efetividade da regulação.

Especificamente sobre a regulação dos mercados de capitais, Cavali assevera que os estudiosos, em geral, não negam a necessidade de alguma regulação, mas divergem quanto ao seu ponto ótimo, a partir do qual o excesso regulatório traria mais custos do que benefícios¹⁴³.

A respeito das finalidades da regulação dos mercados de capitais, é importante registrar que a moldura em que se construiu a atual estrutura de regulação, em vários países, tinha por princípio básico oferecer a todos os participantes do mercado o mesmo

¹⁴¹ PARANÁ, Op. Cit., 2016, p. 137.

¹⁴² CAVALI, Op. Cit., p. 113.

¹⁴³ CAVALI, Op. Cit., p. 115.

nível de informações, para que pudessem partir do mesmo ponto, havendo igualdade entre os *players*, evitando que qualquer pessoa tivesse uma informação privilegiada em relação aos demais¹⁴⁴. Em relação especificamente ao Brasil, constata-se que o mercado de capitais compõe o sistema financeiro nacional e, por isso, deve seguir o mandamento insculpido no art. 192 da Constituição, segundo o qual ele deve ser “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade”. Assim, a regulação do mercado de capitais deve ser direcionada ao desenvolvimento econômico nacional e outros interesses públicos, o que indica uma escolha constitucional pela “Escola do Interesse Público – que defende uma regulação voltada primordialmente para o crescimento econômico –, em desfavor da Escola Neoclássica, que propugna uma regulação direcionada unicamente à correção de falhas de mercado”¹⁴⁵.

De todo modo, estas finalidades, interesse público e correção de falhas, não são excludentes e podem ser perseguidas concomitantemente, sendo importante uma regulação que integre de forma equilibrada os participantes do mercado. Nesta linha, o objetivo central da regulação é garantir a alocação eficiente dos recursos para a atividade produtiva, ao passo que diversas finalidades regulatórias, apontadas pelos estudiosos, são instrumentos para realização deste objetivo. No Direito pátrio, estas finalidades instrumentais estão elencadas no art. 4º da Lei nº 6.385/1976. Além destas, aponta-se também a contenção do risco sistêmico como uma finalidade da regulação¹⁴⁶.

Para os fins deste artigo, importante indicar três incisos do citado art. 4º, quais sejam, o “IV - proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado contra (...)”, o “VI - assegurar o acesso do público a informações sobre os valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido” e o “VII - assegurar a observância de práticas comerciais equitativas no mercado de valores mobiliários”. Pela leitura da norma legal, constata-se a importância de proteger os investidores contra atitudes maliciosas, assegurar o acesso amplo e igualitário às informações sobre os valores mobiliários e garantir a igualdade entre os participantes do mercado. Tais objetivos têm, por fim, garantir, conforme já dito, a alocação eficiente de recursos para a atividade produtiva.

O sistema de regulação do mercado de capitais brasileiro é híbrido, porque possui uma estrutura de heterorregulação pública – por meio da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, criada pela Lei nº 6.385/1976, autarquia federal em regime especial vinculada ao Ministério da Fazenda – e uma estrutura de autorregulação privada. A autorregulação é conduzida por duas frentes: a primeira voluntária, na qual os particulares

144 KAY, Op. cit., ll. 3939-3988.

145 CAVALI, Op. Cit., pp. 120-121.

146 CAVALI, Op. Cit., pp. 121-123.

acordam entre si de seguir determinadas regras, sem base legal, são entidades autorreguladoras voluntárias a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (Anbima), a Associação Brasileira de Companhias Abertas (Abrasca), a Associação Nacional das Corretoras e Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários, Câmbio e Mercadoria (Ancord), entre outras; e, a segunda imposta, na qual a autorregulação é uma exigência legal e ocorre nos moldes definidos por lei, é entidade autorreguladora neste moldes a BM&FBovespa Supervisão de Mercados (BSM)¹⁴⁷.

Em relação à CVM e a BMF, as competências sancionatórias são complementares, pois, de acordo com o art. 48 da Instrução CVM nº 461/2017, a entidade autorreguladora pode aplicar sanções somente aos integrantes dos órgãos de administração da entidade administradora, às pessoas autorizadas a operar (intermediários como as corretoras de valores) e aos seus administradores e prepostos, enquanto a CVM tem competência para punir os investidores, conforme art. 9º, V e VI, da Lei nº 6.385/1976. No desempenho de sua atividade fiscalizatória, a entidade autorreguladora muitas vezes se depara com fatos que estão fora da sua alçada sancionatória, nestes casos é seu dever notificar o fato à CVM e, eventualmente, ao Ministério Público¹⁴⁸.

É importante que os integrantes do sistema regulatório atuem de maneira coordenada a fim de manter o bom funcionamento do mercado, por meio da troca de experiências e informações. Tal conduta se mostra ainda mais interessante para a CVM, uma vez que ela não possui toda a tecnologia necessária para a eficiente fiscalização deste novo mercado informatizado¹⁴⁹.

Conforme já dito, mas relevante repisar, não se está, pelo menos em um primeiro momento, sugerindo a proibição das operações de alta frequência, com o intuito de construir mecanismos para que todos acessem as informações do mercado ao mesmo tempo. Antes é necessário maior tempo de pesquisa para entender a relevância das HFTs para o funcionamento do mercado, ao ponto de receber por parte dos intermediadores financeiros atenção tão especial.

Por ora, diante dos indícios de que as operações de alta frequência geram falhas nos mercados de capitais, apropriando-se de recursos que deveriam fluir para a atividade produtiva e aumentando os custos para diversos tipos de investidores, é importante apontar alguns caminhos, mesmo que iniciais. É necessário pensar em alternativas de políticas regulatórias, com o intuito de aprimorar o funcionamento do mercado, o que

147 CAVALI, Op. Cit., pp. 125-138.

148 CAVALI, Op. Cit., p. 135.

149 PARANÁ, Op. Cit., 2016, p. 159.

pode ocorrer pela edição de regras específicas ou da interpretação das normas vigentes, para se adequar a nova realidade. Isto poderia ocorrer por meio das entidades autorreguladoras voluntárias, por meio de seus códigos de ética, pela BSM ou, considerando a independência desta em relação a B3, a própria B3 ao rever sua política de tarifação especial para HFT ou aluguel de espaços dentro do seu prédio para os servidores dos HFT. Ainda, a CVM poderia conferir interpretação a normas já existentes, no sentido de enquadrar certas estratégias de HFT como ilícitas. Por fim, pode-se construir mecanismos que atrasem ordens de HFT, dentro de certos parâmetros, a fim de que não criem vantagens desproporcionais em relação aos demais investidores.

Os mecanismos regulatórios, atualmente vigentes, que visam proteger o mercado brasileiro das falhas geradas pelas operações de alta frequência, apesar da boa intenção de buscar manter a higidez do sistema, mitigando o risco sistêmico, não tem efeito contra a capacidade das HFTs de extraírem valor do mercado. A respeito, segue quadro elaborado por Edemilson Paraná.

Quadro 1

Medida	O que é
Interrupção de circuito (<i>circuit breaker</i>)	Interrupção dos sistemas de negociação por certo período de tempo, a partir de dado percentual de queda, quando movimentos bruscos e/ou atípicos de mercado, que produzem volatilidade excessiva, ocorrem.
Notificação de algoritmos	Exigência de que os investidores que usem ATs e/ou HFTs forneçam aos reguladores (internos e/ou externos às bolsas) descrição de suas estratégias, com detalhamento de seus parâmetros de negociações e limites, os principais mecanismos de controle de riscos e detalhes a respeito de como tais sistemas funcionam e são testados.
Imposições dirigidas a formadores de mercado (para alguns mercados)	Obrigações dirigidas a formadores de mercado (<i>market makers</i>) são exigências de que investidores (operados manualmente ou por computador) atuando como formadores de mercados devem colocar preços de compra ou venda de instrumentos sempre em níveis competitivos, independentemente das condições de mercado, de modo a melhorar a provisão de liquidez contínua e assegurar que esta categoria de investidores ative preços competitivos durante períodos de estresse de mercado.
Leilões de chamadas (<i>call auctions</i>)	Ordens limitadas são recolhidas ao longo de um período fixo em determinadas ocasiões para corrigir potenciais desequilíbrios nos preços (enormes ofertas de compra ou venda, abertura ou encerramento de preços no início ou fim de pregões diários etc.). No final deste tempo, são processadas em um leilão em que todos os investidores podem participar. O preço que permite o maior número de ordens a serem executadas é o vencedor.
Bandas e limites de negociação	Intervalo de variação de preços definido pela bolsa para cada ativo, sendo configurável como simétrico ou assimétrico e aplicável às ofertas ou negócios na iminência de seu fechamento. Uma vez violada, a banda determina o disparo automático de ações específicas no sistema de negociação, a depender do tipo de ativo com objetivo de diminuir o risco operacional.

Fonte: BM&FBovespa

Elaboração do autor.

Obs.: Para um quadro completo das medidas adicionais que vêm sendo debatidas e/ou implementadas em outros mercados, mas que não são adotadas pelas BM&FBovespa, ver Paraná (2016, p.152-156).

Medidas de autorregulação e controle no mercado de capitais brasileiro

Fonte: PARANÁ, Edemilson. A digitalização do mercado de capitais no Brasil: tendências recentes.

Medidas para garantir a alocação eficiente dos recursos para as atividades produtivas são sempre bem-vindas, porém há preocupação de que não sejam suficientes.

Sendo certo que os mercados de capitais funcionam de forma integrada em uma economia globalizada, Edemilson Paraná faz alguns apontamentos a respeito dos caminhos para sua regulação: 1) é necessária a adoção de regras básicas de cunho internacional, algo que é difícil, tendo em vista a posição destes mercados nas estratégias geopolíticas de cada país; 2) a necessidade de superação do quadro institucional do neoliberalismo que tem por tese central a autonomia das finanças; 3) a necessária atualização dos órgãos de regulação, para acompanharem a rápida evolução neste setor; e, 4) a necessária revisão do atual cenário de proximidade das elites financeiras com o Estado, no denominado capitalismo de laços¹⁵⁰.

Importante, contudo, alertar que qualquer nova política regulatória precisa ter um prévio estudo a respeito do seu impacto na atividade regulada, antes da sua implementação, sob o risco da inovação se tornar um vetor de maximização das falhas, em vez de solucioná-las.

As estratégias de operações de alta frequência transitam em uma área cinzenta no que diz respeito à ética e a legalidade, muitas das estratégias utilizadas, como se viu, podem ser questionadas, por não contribuírem com a geração de nenhum valor para o mercado. Esta discussão ainda precisa ser desenvolvida por meio de uma pesquisa mais extensa. Contudo, é certo que existem práticas relacionadas às HFT que os países, em geral, incluindo o Brasil, já consideram ilícitos tanto na seara administrativa, quanto penal, entre tais práticas estão o *spoofing* e o *layering*.

IV. SPOOFING NOS MERCADOS DE CAPITAIS

O *spoofing* é uma estratégia realizada por meio de HFT considerada ilícita na maioria dos países. Em suma, o HFT lança uma ordem real em uma das pontas do livro de oferta (compra ou venda) e, em seguida, registra outra pressionando a ponta contrária do livro. Esta pressão ocorre pelo registro de ordem em volume consideravelmente superior à média das ordens que estão sendo executadas e com valor do preço de negociação ou levemente superior (no caso da compra), ou levemente inferior (no caso da venda). O intuito desta estratégia é induzir os demais *players* do mercado a determinado movimento e o HFT malicioso cancela a segunda ordem, após a execução de sua ordem real. Isto ocorre em segundos. O *spoofing* é uma prática abusiva que cria liquidez artificial e manipula mercados¹⁵¹.

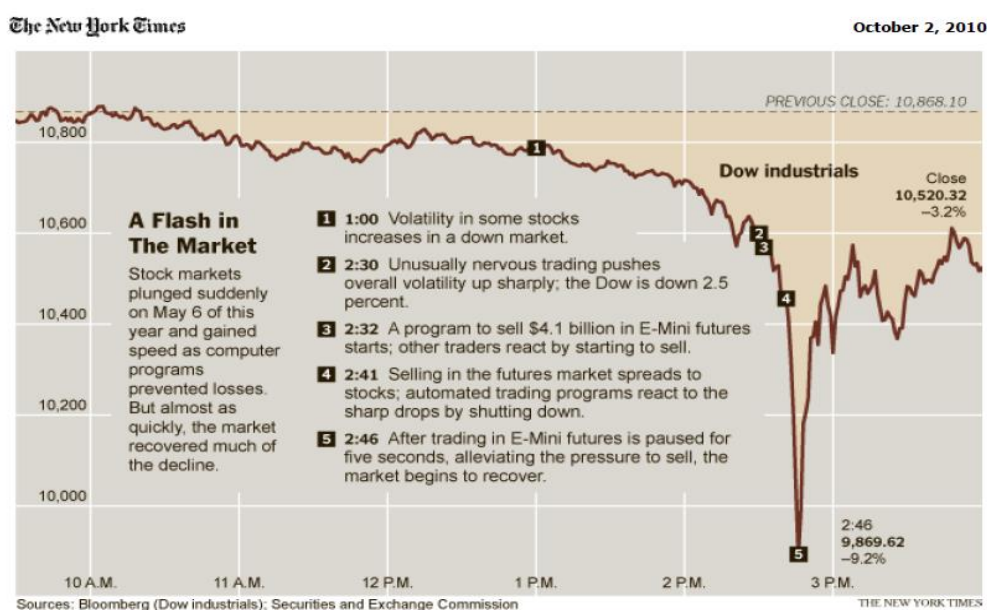
¹⁵⁰ PARANÁ, Op. Cit., 2016, pp. 157-161.

¹⁵¹ SOUZA, Glaviston Gesteira Souza. Monitoração de Práticas Abusivas com ofertas: Spoofing e Layering. 2016. 69 slides. Disponível em: <<http://www.bsm-autorregulacao.com.br/assets/file/noticias/Treinamento-Nova-Rotina-de-Spoofing-e-Layering-para-Participantes.pptx>>. Acesso em: 22 mai. 2019.

Para ilustrar, o HFT^r A quer vender 100 ações da empresa X pelo valor de R\$ 0,10 cada, contudo o valor de negociação está em R\$ 0,09, sendo que o volume médio das ordens é de 150 ações. Ele então registra sua intenção de venda de 100 ações por R\$ 0,10 cada (ordem 1). Na sequência, ele registra uma ordem de compra de 1000 ações por R\$ 0,09 (ordem 2). Os demais operadores reagem a falsa liquidez e aumentam o valor de sua oferta de compra, quando chega no patamar desejado pelo HFT^r A, ele executa a ordem 1 e cancela a ordem 2. Manipulando, assim, os preços do mercado.

Esta estratégia, além de causar prejuízos aos investidores e atrapalhar o bom funcionamento do mercado, tem o potencial de causar riscos sistêmicos, a depender do volume da oferta falsa que o HFT^r malicioso lançou no livro de ofertas. De acordo com o *Federal Bureau of Investigation – FBI* e a *Commodity Futures Trading Comissions – CFTC*, foi uma estratégia de *spoofing*, operada por uma pessoa física, que desencadeou o denominado *flash crash* de 2010¹⁵². Este evento ocorreu em 6 de maio de 2010, quando as bolsas de valores americanas tiveram uma queda brusca, para se recuperar minutos depois, afetando os mercados de capitais ao redor do globo, como exemplo, o índice *Down Jones Industrial Average (DJI)* caiu cerca de 1000 pontos em 20 minutos¹⁵³.

Figura 1
Gráfico do DJI em 6 de maio de 2010



152 LEVINE, Matt. Guy trading at home caused the Flash Crash. Bloomberg. 21 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2015-04-21/guy-trading-at-home-caused-the-flash-crash>>. Acesso em: 17 mai. 2019.

153 PARANÁ, Op. Cit., 2016, p. 137.

Fonte: New York Times.

Este evento denota a importância dos reguladores do mercado se dedicarem a evitar estratégias de especulação abusivas, no presente caso, o *spoofing*, mas há inúmeras estratégias maliciosas e estão sempre sendo criadas novas, acompanhando o progresso tecnológico. A CVM já enfrentou a questão do *spoofing* no Brasil, por meio do que ficou conhecido como caso Paifer.

IV.1. Caso Paifer

A Comissão de Valores Mobiliários julgou, por meio do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2016/7192, SEI nº 19957.005977/2016-18, José Joaquim Paifer, na qualidade de administrador da carteira, e Paiffer Management, na qualidade de investidora, pela prática de *spoofing*. José Paifer por operações no período de 6/3 a 26/11/2016, envolvendo principalmente opções de Vale S.A.; e, Paiffer Management por operações no período de 6/3 a 8/7/2015, envolvendo principalmente contratos futuros de dólar e de Índice Ibovespa e opções de Vale S.A. e Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras.

A prática ilícita foi inicialmente constatada pela BM&FBovespa Supervisão de Mercados (BSM), entidade autorreguladora exigida por lei, que notificou a corretora Planner Corretora de Valores S.A., na figura de seu Diretor de Relações com o Mercado Cláudio Henrique Sangar, sobre as estratégias abusivas praticadas pelo seu cliente. A corretora não agiu para evitar a prática, assim como em suas respostas à BSM, aparentou nem mesmo entender a conduta questionada, porque ao se apontar a prática de *spoofing*, a corretora afirmava que o seu cliente teria recursos em carteira para cobrir as operações canceladas, o que não é relevante na análise deste ilícito.

Após as tentativas de resolução consensual, a BSM instaurou o processo administrativo ordinário nº 05/2016, para punir a corretora e seu Diretor de Relações com o Mercado, os acusados apresentaram defesa alegando não terem cometido os ilícitos apontados, porém manifestaram interesse na celebração de Termo de Compromisso (TC). A BSM condicionou a assinatura do TC ao pagamento de R\$ 100.000,00, pela corretora, e R\$ 50.000,00, pelo diretor, além de demonstrar o cumprimento do item 126 do Roteiro Básico do Programa de Qualificação Profissionais da B3 pela Corretora¹⁵⁴.

Como uma de suas obrigações, a BSM encaminhou as informações que possuía para a CVM, para que esta pudesse responsabilizar o investidor faltoso, e, assim, iniciou-se

¹⁵⁴ BSM, PAD nº 05/2016. Dir. Autorregulação Marcos José Rodrigues Torres. Disponível em: <<https://www.bsmsupervisao.com.br/atividades-disciplinares-e-processos/acompanhe-os-processos/parecer/2016-005-pad>>. Acesso em: 23 maio 2019.

o processo CVM SEI nº 19957.002411/2016-34, que posteriormente se converteu no processo administrativo sancionador SEI nº 19957.005977/2016-18 – RJ2016/7192.

Foram constatadas pelo menos 3.263 operações com lucro caracterizadas como *spoofing* pela Paiffer Management e 2.377, por José Paifer, gerando uma vantagem financeira indevida de R\$ 342 mil, para José Paifer, e R\$ 855 mil, para Paiffer Management. Não se quer aqui pormenorizar as operações realizadas, até mesmo porque isto está muito bem relatado nas decisões da BSM e da CVM155. O intuito, neste momento, é a análise jurídica da subsunção do fato, enquadrado como *spoofing*, à norma legal, qual seja, Instrução CVM nº 08/79, os prerequisites traçados para caracterização do *spoofing* e a repercussão penal por meio do art. 27-C da Lei nº 6.385/1976.

Inicialmente, verifica-se que o relator do julgado definiu que para a caracterização do *spoofing* é necessária a presença de ordens em ambos os lados do livro de ofertas, o registro de oferta expressiva em um dos lados e o cancelamento repentino da ordem expressiva. Registra que nenhum destes atos, isoladamente, pode ser caracterizado como irregular, porém há o ilícito quando estes elementos são organizados com o propósito de manipular o mercado. E ratificou o entendimento técnico exarado pela BSM, no sentido de considerar critérios para a caracterização do *spoofing*, os seguintes:

- Oferta no lado oposto do livro até o 5º nível de preço no momento em que foi executado o negócio em nome do cliente;
- Oferta de tamanho pelo menos 1,8 vezes maior que a soma de todas as outras ofertas constantes no mesmo lado do livro do ativo, até o 3º nível de preço;
- Ofertas 6 vezes maiores que o tamanho médio praticado pelo mercado nos 3 pregões que antecedem o negócio; e
- Ofertas que tenham permanecido menos de 10 segundos no livro do ativo.

Além disso, o voto do relator aduziu que o padrão reiterado desta estratégia, conforme já descrito, também demonstra o dolo do operador malicioso em manipular o mercado, tendo em vista que não foram apenas algumas vezes que se observou essa sequência de atos, mas milhas de vezes, o que denota a intenção ilícita.

155 CVM. PAS nº RJ2016/7192. Dir. Rel. Henrique B. Machado Moreira, Data do Julgamento: 13.03.2018, Data de Publicação: DE 28.05.2018.

A CVM enquadrando tal conduta no inciso I c/c inciso II, b, da Instrução CVM nº 08/1979, enquanto a BSM havia apontado o inciso I c/c inciso II, a, da mesma Instrução. Cite-se a norma legal para melhor análise:

I - É vedada aos administradores e acionistas de companhias abertas, aos intermediários e aos demais participantes do mercado de valores mobiliários, a criação de condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários, a manipulação de preço, a realização de operações fraudulentas e o uso de práticas não equitativas.

II - Para os efeitos desta Instrução conceitua-se como:

a) condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários aquelas criadas em decorrência de negociações pelas quais seus participantes ou intermediários, por ação ou omissão dolosa provocarem, direta ou indiretamente, alterações no fluxo de ordens de compra ou venda de valores mobiliários;

b) manipulação de preços no mercado de valores mobiliários, a utilização de qualquer processo ou artifício destinado, direta ou indiretamente, a elevar, manter ou baixar a cotação de um valor mobiliário, induzindo, terceiros à sua compra e venda;

Em suma, enquanto a BSM considerou o *spoofing* uma forma de criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários, a CVM entendeu que tal estratégia abusiva trata-se de manipulação de preços no mercado de valores mobiliários. Pela leitura do dispositivo legal, constata-se que as duas espécies por vezes se correlacionam, sendo que se percebe uma relação de instrumentalidade entre elas, porque ao criar uma condição artificial se tem por resultado a manipulação de mercado, sob outro enfoque, para manipular o mercado, pode-se utilizar da estratégia de criação artificial de demanda, oferta ou preço. Conclui-se que a diferença entre os enquadramentos não gera consequências práticas na aplicação da norma.

Sobre a diferença de entendimentos, assevera o relator em seu voto:

Nesse contexto, em que os tipos administrativos representam modalidades congêneres de manipulação de mercado, tenho que uma eventual diferença de interpretação da CVM e da BSM representa o consenso entre as instituições de que a conduta dos Acusados violou a integridade do mercado de valores mobiliários. Por seu turno, o auto-regulador aparenta dar maior relevância à intenção

dos Acusados de alterarem o fluxo de ordens de compra ou venda de valores mobiliários por meio da simulação de pressão vendedora ou compradora em um dos lados do livro.

Antes, ainda, realiza uma breve retrospectiva histórica da origem da norma para demonstrar que por vezes as duas modalidades foram previstas no mesmo tipo legal.

Este processo foi o primeiro envolvendo a prática de *spoofing* julgado pela CVM e, até o momento, o único, por isso houve alegações de que não haveria proibição desta prática e que a condenação poderia ferir a segurança jurídica dos investidores. A Instrução CVM nº 08/1979 tem tipos abertos, comportando interpretações extensas, justamente para se acomodar às evoluções do mercado, não por acaso continua vigente mesmo contado com quase 40 anos da sua edição. Neste sentido, a própria Nota Explicativa nº 14/1979 que acompanhou a instrução explica que “pretendeu-se, com isto, emprestar maior flexibilidade à atuação disciplinadora da CVM, sobre o mercado, fazendo possível a paulatina adaptação das definições adotadas às necessidades demonstradas pela prática”.

Certo é que, apesar de a legislação não prever expressamente o *spoofing* como ilícito, ele se enquadra no conceito de manipulação de mercado e, como tal, deve ser punido. Assim, caminhou bem à CVM ao reconhecer a punibilidade da prática.

Além das consequências na seara administrativa, a prática de *spoofing* também tem repercussões penais, tendo em vista o tipificado no art. 27-C da Lei nº 6.385/1976: “Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas destinadas a elevar, manter ou baixar a cotação, o preço ou o volume negociado de um valor mobiliário, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime”. Contudo, ainda não há notícias a respeito de processos envolvendo o referido crime, porém, pela categorização de *spoofing* realizada pela CVM no processo nº RJ2016/7192, não há dúvidas de que esta conduta se subsume ao referido tipo penal.

Na mesma linha, Cavali indica que o *spoofing*, também cita o *layering*, é conduta que se enquadra no art. 27-C da Lei nº 6.385/1976, tendo em vista sua finalidade de manipulação de mercado, bem como indica a primeira condenação criminal por esta prática abusiva nos Estados Unidos no caso *US v. Coscia, US District Court for the Northern District of Illinois, Case nº 14 CR 551156*.

IV.2. Layering

156 CAVALI, Op. Cit., p. 328.

O layering ainda não foi enfrentado pelos reguladores do mercado de capitais brasileiro, mas esta conduta é muito similar ao *spoofing*. Neste, o operador malicioso lança uma ordem expressiva ou algumas poucas ordens expressivas com o intuito de manipular o mercado, gerando liquidez artificial. No *layering*, o operador malicioso lança uma série de ordens, em sequência, criando camadas de ofertas a diferentes preços no intuito de simular um movimento de alta ou baixa, de acordo com sua estratégia. Aqui não há uma ordem expressiva¹⁵⁷.

Apesar de mecanismos sutilmente diferentes, as duas estratégias são consideradas abusivas e buscam influenciar os movimentos do mercado.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tecnologia é uma realidade nos mercados financeiros, em especial no de capitais, e revolucionou a sua dinâmica de funcionamento interno, apesar de existirem dúvidas a respeito dos seus efeitos positivos para a economia como um todo.

O fenômeno tecnológico possui estreita relação com a financeirização da economia, apesar de não existir uma dependência ou uma relação de causa e efeito, pode-se perceber uma aceleração da importância das finanças pelo advento de modernos instrumentos tecnológicos. Nesta linha, a importância das finanças frente a chamada economia real tem sido crescente, o que preocupa pelas consequências negativas deste processo, para citar um exemplo, o risco sistêmico de uma crise financeira.

As operações de alta frequência surgem neste contexto de crescente informatização das finanças e transformam o processo de transacionar valores mobiliários. Diversos movimentos de compra e venda são concluídos em frações de segundo e questiona-se a respeito do efeito disto para os mercados e se este volume crescente de transações seria útil para o seu bom funcionamento. Nesta linha, as operações de alta frequência dinamizariam os mercados ou extrairiam deles valor? As bolsas de valores estimulam as operações de alta frequência para geração de liquidez ou para auferir lucro?

Há indícios de que as operações super-rápidas não são tão positivas, por se apropriarem de recursos que deveriam fluir para a atividade produtiva, gerarem custos de transação para investidores de longo prazo e contribuir para o risco sistêmico de uma crise financeira pela produção de capital fictício. Neste sentido, aparenta que grupos de investidores estão sendo prejudicados por estas operações e a crescente tecnologia tem beneficiado de maneira relevante um pequeno grupo.

157 SOUZA, Op. Cit., 2016.

Tais falhas reclamam a intervenção estatal, por meio da regulação, a fim de melhorar a eficiência destes mercados, sendo certo que antes de qualquer medida é necessário um estudo a respeito do seu impacto, para que a apontada solução de melhora não se torne um instrumento de agravamento do problema.

Por outro lado, algumas estratégias realizadas por operações de alta frequência já estão sendo vistas como abusivas pelos mercados e Estados, como o *spoofing* e o *layering*, que tem o objetivo de manipular os preços dos valores mobiliários ao gerar liquidez artificial e induzir outros investidores a alterarem suas posições. Novos estudos e análises poderão constatar se outras estratégias ou se as operações de alta frequência, em geral, tem o condão de serem abusivas e gerarem falhas no mercado.

Um mercado de capitais em bom funcionamento é fundamental para a economia, principalmente quando voltado a estimular a atividade produtiva. Neste contexto, não se pode esquecer que esta é a finalidade precípua destes mercados, a fim de não permitir que a busca por resultados de curto prazo gerem consequências danosas na permanência destas estruturas ao longo do tempo.

REFERÊNCIAS

ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado Financeiro*. São Paulo: Atlas, 2018.

ARRIGHI, Giovanni. *O Longo Século XX: dinheiro, poder e as origens do nosso tempo*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2013.

CAVALI, Marcelo Costenaro. *Manipulação do Mercado de Capitais: Fundamentos e Limites da Repressão Penal e Administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

CHOMSKY, Noam. *Réquiem para o sonho americano: os dez princípios de concentração de riqueza e poder*. Tradução Milton Chaves de Almeida. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2017.

COASE, Ronald H. The problema of social cost. 1960. Disponível em: <<https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

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

KAY, John. *Other People's Money. The Real Business of Finance*. Nova York: Public Affairs, 2015.

PARANÁ, Edemilson. *A Finança Digitalizada: capitalismo financeiro e revolução informacional*. Florianópolis: Insular, 2016.

PARANÁ, Edemilson. A digitalização do mercado de capitais no Brasil: tendências recentes. 2018. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8280/1/TD_2370.PDF>. Acesso em: 8 ago. 2019.

SOUSA, Isabel Barros de. Negociação Algorítmica de Alta Frequência: Questões jurídicas e económicas. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/43075/2/Isabel%20Sousa-tese.pdf>>; Acesso em: 13 ago. 2019.

SOUZA, Glaviston Gesteira Souza. *et al.* Monitoração de Práticas Abusivas com ofertas: Spoofing e Layering. 2016. 69 slides. Disponível em: <<http://www.bsm-autorregulacao.com.br/assets/file/noticias/Treinamento-Nova-Rotina-de-Spoofing-e-Layering-para-Participantes.pptx>>. Acesso em: 22 mai. 2019.

“JEITINHO BRASILEIRO”: O DESVIO DE FUNÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO E AS IMPLICAÇÕES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS.

LUDIMILLA DA SILVA COELHO MUNIZ:

Acadêmica em Direito pela Universidade de Gurupi. Pós-graduada em Gestão Pública Municipal pela UFT (2013) e Bacharel em Ciências Contábeis pela UnirG (2009). Contadora pública federal.

DIEGO AVELINO MILHOMENS NOGUEIRA¹⁵⁸

(orientador)

Resumo 159: A presente reflexão problematiza, a partir de um percurso conceitual, o desvio de função no âmbito do serviço público federal e, posteriormente, destacamos as suas causas e implicações jurídicas e administrativas, bem como o quanto esse crime é prejudicial aos envolvidos, sobretudo ao povo. Sendo assim, o trabalho encaminha jurisprudências relacionadas ao assunto, a fim de que esta reflexão se configure como um suporte para futuras análises críticas, estudos e pesquisas de cunho acadêmico-científicas.

Palavras-chave: Desvio de função. Serviço Público Federal. Crime à Administração Pública.

Abstract. The present reflection problematizes, from a conceptual path, the deviation of function in the scope of the federal public service and, later, we highlight its causes and legal and administrative implications, as well as how harmful this crime is to those involved, especially to the people. Therefore, the work forwards jurisprudence related to the subject, so that this reflection is configured as a support for future critical analyses, studies and research of an academic-scientific nature.

Keywords: Function deviation. Federal Public Service. Crime to the Public Administration.

158 Orientador e professor de Direito na Universidade de Gurupi. Especialista em Advocacia Municipal; e Licitações e Contratos Administrativos. Procurador municipal e advogado.

159 Sobre o título, fazemos referências aos livros “O Teatro dos Vícios”, de Emanuel Araújo (1997) e “Raízes do Brasil”, de Sergio Buarque de Holanda (1991), que buscam na história colonial as origens da corrupção no Brasil, ao que hoje denominamos “jeitinho brasileiro”. O artigo está fundamentado, do mesmo modo, em Barroso (2011), para quem o “jeitinho brasileiro” tem “custos morais elevados” (p.2) e por ser “produto de algumas características da colonização e da formação nacionais” (p.11) aglutina frases como “*sabe com quem está falando?*”, ou ainda “*rouba, mas faz*” (p.4). Segundo Barroso, o famoso jeitinho brasileiro deve “ser progressivamente empurrado para a margem da história pelo avanço do processo civilizatório” (p. 11) para que não perpetuemos a corrupção.

Sumário: *Introdução 1. Os fins justificam os meios? Desvio, Administração Pública e validade dos atos. 2. Ilegalidade, provas e implicações no serviço público. 3. A jurisprudência e dois casos de desvio de função. Conclusão. Referências.*

Introdução

Nunca se falou tanto em corrupção no Brasil, como nos últimos anos. Devido à circulação de notícias que abonam a conduta de agentes públicos, especialmente políticos partidários ocupantes de cargos públicos, o povo brasileiro tem mostrado ojeriza a qualquer forma de desonestidade. Tais atos refletem diretamente, por exemplo, na falta de moradias para famílias sem teto, na ausência de médicos nos postos de saúde e na completa ineficiência de políticas públicas.

O conhecido “jeitinho brasileiro”, forma “fácil” de resolver problemas motivada por uma amizade e/ou proximidade, é a corrupção normalizada em nossa rotina que, como toda disfunção, necessita ser combatida. No serviço público, o “jeitinho” constitui-se como desvio ilegal de função, que a nosso ver, é a face de corrupção capaz de lesar tanto os cofres do erário, quanto os servidores, afetando de forma considerável ainda o público atendido.

Este artigo nasce no intuito de resolver a questão-problema a seguir: como valorar os atos praticados pelo servidor público efetivo em desvio de função? São considerados válidos ou podem sofrer nulidade? O objetivo geral que norteia o presente artigo se volta ao intuito de analisar a legalidade ou não dos atos administrativos praticados pelo servidor público em desvio ilegal de função.

A metodologia adotada pela pesquisadora se restringe a uma pesquisa bibliográfica e exploratória do assunto, a fim de tentar entender as categorias teóricas, bem como comprovar o desvio e quais implicações/efeitos podem ser atrelados aos servidores envolvidos, aqui com enfoque nos efetivos.

1. Os fins justificam os meios? Desvio, Administração Pública e validade dos atos

Ao contrário de empresas do ramo privado, a competência e atuação da Administração Pública se dão quando definidas e autorizadas na lei. Seguindo essa lógica, já em 1988 a Constituição Federal (CF), em seu inciso II, exige que para ingressar em cargos de provimento efetivo no serviço público das esferas (estaduais, municipais, distritais ou federais), os cidadãos precisam ser aprovados em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Dito isso, é importante destacar que servidores públicos, para fins deste artigo, são aquelas pessoas físicas que prestam serviços, com vínculo empregatício, à Administração Pública Direta, autarquias e fundações públicas e que, para isso, percebem remuneração paga pelos cofres públicos (DI PIETRO, 2014).

A Lei 8.112/1990, que institui o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis, fixa que “servidor é a pessoa investida em cargo público”, que por sua vez, “é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor” (BRASIL, 1990) ou ainda “a mais simples e indivisível unidade de competência” de um agente (MELLO, 2013, p. 259). O titular do cargo público exerce uma função pública, sinônima a um conjunto de tarefas vinculadas ao cargo por ele preenchido (OLIVEIRA; MEDEIROS, 2011; ANDRADE, 2011).

Nosso enfoque neste artigo são os servidores públicos federais efetivos. Ou seja, os agentes públicos são pessoas físicas, cuja forma de provimento no cargo é resultado de concurso público. Silveira (2010, p. 11) acrescenta que essas pessoas representam a Administração Pública¹⁶⁰, já que ela só “pode agir e produzir efeitos concretos na vida da população, através de pessoas físicas que agirão em nome do Estado”.

Toda essa estrutura lógica é quebrada com uma disfunção corruptível: o desvio de função. No entanto, há uma exceção no caso dos servidores públicos. O desvio pode ser efetivado a pedido da Administração Pública, desde que atenda a requisitos temporários e urgentes do órgão. A justificativa, nestes casos, ocorre sempre para se respeitar o princípio da continuidade do serviço público e manutenção da segurança da sociedade, a qual depende do serviço ofertado. Assim, obedecendo essa regra, o ato pode ser considerado legal quando obedece dispositivos legais. A Lei 8.112/1990 preceitua que o servidor público pode executar funções inerentes a outro cargo, considerando as situações excepcionais de emergência, devidamente motivadas e em caráter eventual.

Apesar de compreendermos que há certa legalidade, nos ocuparemos nesse artigo do desvio ilegal de função, que considera que o servidor está desempenhando, de forma habitual, atribuições de um cargo diverso àquele ao qual prestou concurso e foi empossado. O analisaremos como forma ilegal de provimento e/ou movimentação.

¹⁶⁰ Sabemos ainda, conforme a Lei 8.429/1992, que há agentes públicos que ocupam também emprego público e mandato eletivo por meio de eleição, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo. A legislação acentua que ainda que transitoriamente ou sem remuneração, esses são agentes públicos. Do mesmo modo, inclui ainda o particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente que envolve recursos de origem pública (BRASIL, 1992). Os elencados nesta nota de rodapé não constituem grupo de interesse deste artigo.

Entendemos desvio de função, portanto, como o exercício de abuso de poder da Administração Pública¹⁶¹ de impor que o servidor público efetivo realize atividades que estejam fora do rol de suas atribuições regulamentadas em lei. Diferentemente do acúmulo, no desvio, você nada faz do cargo no qual assumiu. Embora essa “influência” se dê também em empresas privadas, sigamos com a ideia no serviço público.

O desvio de função se dá comumente de dois modos: para cima e para baixo¹⁶². Este último se refere quando ocorre o *rebaixamento* do servidor quanto ao cargo anteriormente ocupado. O cargo novo é inferior e, embora a remuneração continue a mesma, pode constituir-se o que na Administração Pública convencionou-se chamar de assédio moral por parte do superior hierárquico, uma vez que o servidor é posto a situação humilhante no que diz respeito ao cargo.

O desvio para cima diz respeito à promoção, que são casos mais comuns. Embora o nome seja pomposo, o servidor deixa de exercer as funções antigas do cargo e passa a desempenhar outras funções em cargo de ordem superior. Ainda que esteja numa posição de maior prestígio e maiores responsabilidades, o servidor não goza de um aumento salarial real correspondente ao novo cargo e seu salário continua aquele do cargo anterior. Essa disparidade de função se configura quando há tempo contínuo e habitual. Esse é o desvio que nos interessa.

Souza (2017), Ferreira *et al* (2007) e Andrade (2011) convergem quando ressaltam que o desvio ilegal de função é prática recorrente no serviço público, graças ao *déficit* de servidores e ausência de concursos públicos, conforme a necessária demanda. Entre as justificativas comumente utilizadas para o desvio estão a ideia de melhor aproveitamento das aptidões e competências do servidor (ausência de justos planos de carreira), a burocracia quanto à distribuição de tarefas (estrutura rígida dos cargos) e exigências de agilidade e eficiência no setor público.

Geralmente, seguindo a carreira hierárquica da estrutura organizacional, o chefe imediato é quem designa as atividades que o empossado deve desempenhar. Ao passo que é ele também que, ao se utilizar ilegalmente de uma forma de controle e poder de decisão, define a troca do servidor para outra função. Via de regra, na teoria essa troca

¹⁶¹ Nosso enfoque se volta para Administração Direta, representada pelos seguintes entes federados: União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

¹⁶² Vale destacar que existe ainda um terceiro modo: a horizontal, que não causa prejuízos financeiros ou morais ao servidor, visto que as atividades são correspondentes, o salário é o mesmo e o cargo encontra-se no mesmo nível. Este caso não é considerado, via de regra, um desvio funcional.

deveria obedecer aos procedimentos institucionais legais, tais como a publicação de portaria e a alteração dos vencimentos junto ao setor de Recursos Humanos.

Na prática, a história é outra. Quando procede de forma ilegal, o superior hierárquico infringe a lei 8.112/1990 (arts. 117 e 130), que proíbe tanto que um servidor repasse “a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa”, quanto a um servidor “exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho”. Caso cometa tais faltas, o chefe pode ser punido com pena de suspensão.

2. Ilegalidade, provas e implicações no serviço público

As novas atribuições diversas daquelas inseridas no rol do cargo ocupado por servidor efetivo infringem outros dispositivos administrativos e legais. Além da Constituição Federal, como já dito, o desvio de função fere a Lei 8.429/1992 (arts. 9º, 10 e 11), denominada Lei de Improbidade, quando estabelece uma linha de fuga das regras quanto a enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação aos princípios da Administração Pública (BRASIL, 1992).

O desvio funcional é resultado da grave inobservância dos princípios norteadores da Administração Pública, fundamentados na CF e na Lei 8.112/1990, tais como os princípios da legalidade, moralidade administrativa e da exigibilidade do concurso público, este último que se desdobra na violação ao princípio da impessoalidade (BRASIL, 1990; BRASIL, 1998). Melhor representam essas infrações a não realização de concurso público e o apadrinhamento com interesses de ordem pessoal, política ou que possibilitem acesso a dados restritos (SOUZA, 2017). Considerando o desrespeito aos princípios da moralidade, legalidade e da exigência de concurso, Souza (2017, p. 50) taxa que “o desvio de função (...) importa na prática de ato de improbidade administrativa”, conforme o art. 11 da Lei de Improbidade.

Devido ao julgamento de casos parecidos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou entendimento na Súmula 378/2009, que diz *in verbis*: “Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes” (BRASIL, 2009). Deste modo, não restam dúvidas: o desvio de função é legalmente vedado e se coloca como uma prática ilegal ao extrapolar o termo de posse.

Mas, como se constata o desvio funcional e quais são as formas de comprovação? Essas duas perguntas são comuns quando o assunto se volta para uma demanda jurídica. No serviço público há pelo menos três formas de se averiguar e confirmar o desvio de função. Destaca-se que o ônus da prova é do servidor. Ele precisa ter em mãos os documentos que estipulem suas funções junto ao cargo oriundo de aprovação em

concurso público e deve elencar testemunhas para o caso, consideradas na tutela judicial provas fáticas e robustas.

A primeira delas se volta para a execução de tarefas estranhas às suas funções habituais. Documentos e processos que levam a assinatura do servidor em questão no período que executou funções distintas ao cargo são importantes para a demonstração do desvio. A segunda forma de atestar que houve o crime é através do holerite, que pode ratificar que o salário, no período, foi desproporcional à função.

A terceira forma de corroborar, e talvez seja esta a maior importante junto aos tribunais, é a apresentação de testemunhas, pessoas que trabalham (ou trabalharam) no órgão/setor no período referente ao desvio. Essa prova cabal se sobrepõe a qualquer documento e possui elevado peso em demandas judiciais. Destaca-se que, na era da informação, vídeos e áudio de plataformas de trocas de mensagens servem também como provas documentais no referido processo.

Confirmado o crime de desvio de função, há sanções aplicáveis a agentes públicos já reguladas em lei. Quanto ao servidor público, em caso de promoção, quando sua remuneração fica inalterada, o mesmo sofre um efetivo prejuízo financeiro decorrente da diferenciação salarial, visto que ele recebe um valor inferior ao que deveria receber.

Nesses casos, Bastos (2022, p. 03) recomenda que, caso o desvio seja a seu contragosto, o servidor público, de forma administrativamente, “poderá comunicar oficialmente ao seu superior e, quando for o caso, acionar as devidas ferramentas de controle interno da Administração Pública”. Se ainda assim seu pedido não for deferido e o servidor sentir-se lesado, ele tem a prerrogativa de ingressar na justiça, exigindo o pagamento de indenização pelas diferenças remuneratórias, quais sejam: pagamento de férias, gratificação natalina, bem como progressões funcionais obtidos por ele durante o desvio funcional¹⁶³.

Os valores devem ser atualizados monetariamente e acrescido de juros de mora. Esse movimento de demanda judicial é uma forma de amparar que o mesmo receba seus direitos relativos ao que efetivamente desempenhou. Esses valores salariais que remetem às diferenças podem ser requeridos em cinco anos, prazo prescricional para ingresso da ação.

Do mesmo modo, a responsabilidade pela gestão de atividades de um servidor é compartilhada entre seu superior hierárquico, recaindo sobre eles também a culpa de não

¹⁶³ O pedido de indenização nos dois primeiros casos pode não ser aceito, já que “não é entendimento jurisprudencial pacífico” (ANDRADE, 2011, p. 140).

ter o designado para desempenhar exatamente aquelas previstas no rol legal. Ou seja, recai sobre o superior hierárquico a responsabilidade civil e administrativa pelo cometimento de desvio de função. Apesar disso, em pesquisa realizada em 2016, Velloso Bahia (2016, p. 19) destaca não ter encontrado “decisões judiciais que tenham apreciado a responsabilização do superior hierárquico pelo desvio de função de seu subordinado”.

Por “se beneficiar do esforço alheio sem a devida compensação” (MADEIRA, 2010, p. 78), a Administração Pública fere o princípio da legalidade, o que por si só coloca seus representantes constituídos no banco de réus a fim de que respondam por locupletamento ilícito. Hely Lopes Meirelles define que

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.” (MEIRELLES, 2004, p. 87).

Diante da constatação do desvio, as principais implicações é a possível nulidade dos atos, seja o que originou o desvio, sejam aqueles praticados pelo servidor. Legalmente, os atos administrativos praticados pelo servidor público em desvio de função, são passíveis de anulação ou invalidação administrativamente.

No âmbito jurídico, além de ter que ressarcir os devidos valores cobrados pelo servidor público em desvio, a Administração Pública terá que realizar um novo concurso para o cargo ocupado na disfunção e, após empossar o servidor aprovado, irá realizar um retrabalho, tendo que refazer os atos considerados nulos.

Neste sentido, todos incorrem em improbidade administrativa regulada mais recentemente pela lei nº 14.230/2021, cujo atos infracionais se referem a atos que causem lesão ao erário, sejam eles oriundos de ação ou omissão dolosa, que possibilite “efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, *desvio*, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei” (BRASIL, 2021). Além disso, por outro lado, se houver prejuízos ao erário, o agente ímprobo, responsável pela ordem ilegal, ensejará, cumulativamente, o ressarcimento dos danos.

Considerando a regra de exigência de concurso para ingresso no serviço público, ressalta-se que, em nenhuma das hipóteses, é assegurado o reenquadramento em cargo diferente daquele para o qual o servidor prestou concurso.

3. A jurisprudência e dois casos de desvio de função

É interessante observarmos que já existe um conjunto de decisões e entendimentos dos tribunais acerca do tema desvio de função. Os precedentes jurisprudenciais serviram de fundamento à súmula do STF que trata sobre a matéria; outras até hoje nela se baseiam.

Na tentativa de melhor elucidarmos a presente reflexão, apresentamos a seguir dois casos cujas buscas foram efetuadas junto à internet a partir dos detratores “jurisprudência”, “desvio de função” e “serviço público federal”. Encontramos dois casos emblemáticos jurisprudenciais relacionadas ao assunto em questão.

O mais recente, com acórdão de março de 2022, se refere ao caso de uma servidora da Universidade Federal do Paraná (UFPR), que, embora tenha sido aprovada no concurso como auxiliar de enfermagem, desempenhava habitualmente as atribuições privativas do cargo de técnico de Enfermagem, o que normativamente se configura o desvio funcional.

Conforme o acórdão:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. DESVIO DE FUNÇÃO. AUXILIAR DE ENFERMAGEM. DESEMPENHO HABITUAL DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS DO CARGO DE TÉCNICO DE ENFERMAGEM. CARACTERIZADO. ADICIONAL DE QUALIFICAÇÃO. TERMO FINAL DA CONDENAÇÃO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. GRAU MÁXIMO. CONFIGURAÇÃO. DANO MORAL. NÃO VERIFICADO.

1. A teor da Súmula n. 378 do STJ, “reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes”.

2. Para a caracterização do desvio de função, necessária a comprovação do efetivo e habitual desempenho pelo servidor público de atribuições de cargo diverso, estranhas ao seu cargo originário, não configurando irregularidade o exercício eventual e esporádico de atividades de outro cargo.

3. A legislação distingue as atribuições dos cargos de auxiliar de enfermagem, ao qual cabe a execução de ações de tratamento simples, e de técnico de enfermagem, responsável pelas ações assistenciais de enfermagem, exceto as privativas do cargo de enfermeiro.

4. A prova dos autos demonstrou que a parte autora, embora investida no cargo de auxiliar de enfermagem, desempenhava com habitualidade atividades que integram o plexo de atribuições

legalmente reservadas aos técnicos de enfermagem, restando caracterizado o desvio de função, fazendo jus às diferenças remuneratórias pretendidas.

5. Esta Corte tem entendido que, quando o adicional de qualificação recebido pelo servidor decorrer de titulação que constitui requisito básico para o ingresso no cargo em relação ao qual lhe foi reconhecido o desvio de função, a vantagem deve ser deduzida do montante indenizatório, o qual engloba a remuneração integral do cargo paradigma, sob pena de enriquecimento ilícito da parte autora, já que referido adicional não lhe seria devido se ocupante do cargo cujas funções exercera em desvio funcional. Diversamente, incentivo à qualificação decorrente de outra titulação deve ser mantido, não sendo passível de abatimento na fase de cumprimento de sentença.

6. O termo final da condenação deve corresponder à data em que cessar o desvio funcional ou à data do trânsito em julgado da decisão, o que ocorrer primeiro, circunstância a ser demonstrada na fase de cumprimento de sentença.

7. Sendo incontroverso que a autora labora em contato habitual com pacientes em condições de isolamento, bem como com pacientes e/ou materiais infectocontagiosos, faz jus à percepção do adicional de insalubridade em grau máximo, já que os agentes biológicos são mensurados de forma qualitativa, de modo que o risco de contágio independe do tempo de exposição.

8. Não restou demonstrada qualquer conduta ilícita da Administração Pública que haja concorrido para o surgimento das doenças a que se encontra acometida a servidora, pressuposto indispensável para configuração do dever de indenizar.” (Apelação Cível nº 5020968-36.2018.4.04.7000/PR. Julgado em 8.3.2022. - Rel. Desa. Vânia Hack de Almeida. D.J. 8.3.2022).

Segundo o acórdão, na ação indenizatória, a postulante obteve vitórias em pontos importantes, tais como o reconhecimento do desvio de função, o restabelecimento do adicional de insalubridade em grau máximo (20%) e a condenação da ré ao pagamento de indenização, na data da publicação da sentença¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Uma decisão similar foi publicada no Informativo de Jurisprudência do TRF da 2ª região, no segundo semestre de 2017, em relação à Universidade Federal do Espírito Santo, a UFES (Apelação Cível nº 0000630-37.2016.4.02.5001 (2016.50.01.000630-0). Julgado em 08.09.2017 – D.J. 13.09.2017 - Relator: Desembargador

Ressalte-se que o acórdão descreveu os parâmetros objetivos para o reconhecimento do desvio funcional, tais como o desempenho efetivo e habitual de um conjunto de atribuições de outro cargo na estrutura estatal.

A segunda decisão, trazida à baila nessa reflexão, diz respeito ao caso de um técnico administrativo efetivo do Ministério Público Federal do Acre que, embora tenha licenciado para atribuições de mandato sindical entre janeiro e julho de 2005, teve que exercer atribuições pertinentes ao cargo de analista processual (nível superior). Ante o desvio de função, requereu junto aos tribunais a diferença salarial decorrente de desvio de função proveniente do cargo. O acórdão proferido pelo desembargador assim expôs:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. CONFIGURAÇÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 378, STJ. JUROS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. A União interpôs recurso contra sentença do Juizado Especial Federal do Acre que julgou parcialmente procedente pedido, determinando o pagamento, em favor do autor, a diferença da remuneração por ele recebida como técnico administrativo e aquela paga aos ocupantes do cargo de analista processual do MPF, no nível correspondente àquele por ele ocupado na época, no período de janeiro a julho de 2005. Em suas razões, a recorrente aduz, preliminarmente, ausência de provas que comprovem o alegado desvio de função e prescrição trienal do fundo do direito, conforme previsto no Código Civil; no mérito, alega ausência de desvio de função tendo em vista que o autor não preenchia os requisitos exigidos para investidura em cargo de analista processual e que as funções por ele desempenhadas estavam previstas dentre as atribuições de Técnico Administrativo, quais sejam “controle processual, documentação, informação jurídica (...) pesquisa de legislação, doutrina e jurisprudência; emissão de relatórios técnicos e informações em processos”, razões pelas quais pretende a reforma da sentença para julgar improcedente o pedido inicial. Por fim, em caso de manutenção da sentença, pretende que os juros moratórios devam ser fixados em 6% ao ano, até 29/06/2009, conforme art. 1º-

Federal José Antônio Neiva - 7ª Turma Especializada). Informativo de Jurisprudência – INFOJUR-TRF2, nº 226. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/consultas/wp-content/uploads/sites/38/2015/11/informativo-de-jurisprudencia-226.pdf>. Acesso em: 05 out. 2022.

F da Lei n. 9.494/97 e, após referido lapso, sejam calculados pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

2. Conforme já dito na sentença do Juiz de primeiro grau, não é aplicável ao presente caso o prazo prescricional previsto no previsto no art. 206, §3º, V, do Código Civil, pois, tratando-se de pedido de reconhecimento de desvio de função, há de se reconhecer situação jurídica que denota relação de trato sucessivo, aplicando-se, dessa forma, o entendimento da súmula n. 85 do Superior Tribunal de Justiça. Quanto à alegação de que a não fora juntado aos autos qualquer documento que comprovasse o alegado desvio de função, referida preliminar também não deve prosperar, tendo em vista que, caso houvesse documento designando o autor para o exercício de função comissionada em gabinete de Procurador da República, por óbvio não haveria configuração de desvio de função; também não poderia ser atribuída autoria de peça processual ao autor, tendo em vista que, conforme alegado na inicial e confirmado pelas testemunhas, o autor minutava pareceres, os quais eram analisados e assinados pelo Procurador da República. Compulsando os autos, verifica-se pelas folhas de cartão de ponto que, no período de janeiro a julho de 2005, o autor estava lotado na "Coordenadoria Jurídica" e, conforme contracheques respectivos, não era detentor de função comissionada com atribuições de assessoria. A prova testemunhal foi uníssona em afirmar que o autor, de fato, elaborava minutas judiciais e pareceres para o Procurador da República Marcus Vinicius Aguiar Macedo.

3. Ante o exposto, reconhecido o desvio de função do autor em relação às atividades inerentes a cargo por ele investido, bem como a ausência de percepção de função comissionada que abrangesse as atividades de fato desempenhadas pelo autor, ainda que não detentor de nível superior em Direito, devidas são as diferenças salariais decorrentes do desvio, conforme súmula n. 378, do STJ.

4. Quanto aos juros de mora, dou parcial provimento ao recurso da União, para dispor que os Juros de mora são devidos a partir da citação para as parcelas vencidas anteriormente a ela e do respectivo vencimento para as que lhe são posteriores, à taxa de 1% ao mês, até a edição da MP 2.180-35 de 24.08.2001, e, a partir desta data, em 0,5% ao mês (art. 1º-F da Lei 9.494/97, na redação conferida pela MP

2.180-35/2001). Após a edição da Lei 11.960/2009, aplicar-se-á o percentual previsto neste regramento (EREsp n 1.207.197/RS).

5. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido.

6. Sem custas. Condenação em honorários no montante equivalente a 10% do valor da condenação, corrigidos monetariamente até seu efetivo pagamento pelos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal em sua versão mais atual à época da execução." (4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Acre, Sentença proferida nos Autos n. 0000766-60.2010.4.01.3000, Juiz Federal Gustavo Soratto Uliano. Rio Branco, 13/03/2015).

O acórdão acima referido deixa claro que mesmo as funções de confiança, como é o caso da função comissionada no âmbito da procuradoria da república do Acre, estão sujeitas à observância da regularidade no desempenho funcional, exigindo-se, para tanto, nomeação formal para a referida atribuição, independentemente de formação superior necessária para respectiva nomeação. A referida decisão supera, portanto, a exigência de formação universitária imprescindível à nomeação para a função comissionada de analista processual do MPF.

Tomando as duas decisões jurisprudenciais como ponto de partida de nossa análise, observamos que o desvio de função não deixa dúvidas, é pressuposto normativo (contrafático), tanto que são exigidos direitos (insalubridade, diferenças remuneratórias, etc) quanto ao período em que os servidores estiveram em desvio, ao mesmo tempo em que a justiça imputa indenização aos réus em questão, UFPR e MPF, respectivamente. Mesmo reconhecendo o desvio funcional, não houve responsabilização ao superior hierárquico, confirmando dados observados por Velloso Bahia (2016), e podendo abrir brechas para que o desvio de função seja, em certo grau, *ad aeternum*.

Conclusão

Parece-nos que a disfunção funcional se desenha como uma péssima alternativa, visto que representa um patente prejuízo não apenas à Administração Pública como um todo (chefia imediata, erário e servidor público), mas particularmente ao povo. Embora seja ele o verdadeiro detentor do poder, sofre com o acochambramento investido pela gestão do serviço público.

Uma vez que qualquer forma de ilegalidade abala a credibilidade do serviço federal, não podemos aceitar e institucionalizar o "jeitinho brasileiro". Quando furamos a fila ou não devolvemos o troco errado, por exemplo, também estamos sendo corruptos. No que

diz respeito ao desvio de função, é necessário que seja identificado e refreado, quando possível. Mais que isso, a disfunção merece ser reprimida de forma severa e imediata.

Observamos também que, em todo caso, a jurisprudência confirma a ressonância de interpretações das leis que implicam diretamente no tecido social e cujas decisões apontam para uma direção uníssona, sendo considerada uma fonte secundária ou subsidiária do direito. Ribeiro (2017) chega a cravar que a jurisprudência é uma fonte infra estatal do direito.

Por fim, fica evidente, portanto, que a impunidade é a mola propulsora para a prática criminosa e corrobora para que o desvio de função seja normalizado no serviço público. Assim, concordamos com Andrade (2011) quando afirma que não é necessária a criação de mais lei ou normas para coibir a prática do desvio funcional, mas precisamos que sejam efetivas aquelas que já estão em vigor.

Referências

ANDRADE, Marlon. O desvio de função de servidor público titular de cargo efetivo e a possibilidade de sua caracterização como ato de improbidade administrativa. **Revista Digital de Direito Público - USP**, v. 1, n.1, p. 134-149, 2011.

ARAUJO, Emanuel. **O teatro dos vícios**. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim?. In: **Lecture**. Harvard Brazil Conference: Cambridge MA. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-jeitinho-brasileiro.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2022.

BASTOS, Agnaldo. Desvio de Função do servidor público: veja o que fazer. **Advocacia dos concursos**, [s. /], 15 fev. 2022. Brasil. Disponível em: <https://concursos.adv.br/desvio-de-funcao-do-servidor-publico/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Senado Federal, 18 de abril de 1991. 170º da Independência e 103º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. **Lei 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências Diário Oficial da União, Brasília, 03 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilada.htm. Acesso em: 9 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.230-de-25-de-outubro-de-2021-354623102>. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 378**, julgamento em: 22.04.2009, DJ 5.05.2009. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/sumstj/author/proofGalleyFile/5551/5674>. Acesso em: 5 jul. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, Marcella Cristiane; MARTINS, Simone; FERREIRA, Marco Aurélio; OLIVEIRA, Gustavo. Desvio de função: o caso da Universidade Federal de Viçosa. *In*: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM ADMINISTRAÇÃO, 31, 2007, Rio de Janeiro. **Anais** [...]. Rio de Janeiro: ANPAD, 2007. Disponível em: http://www.anpad.org.br/diversos/down_zips/33/GPR-A1077.pdf. Acesso em: 16 jul. 2022.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1991.

MADEIRA, José Maria. **Servidor público na atualidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.

OLIVEIRA, José Arimatés de; MEDEIROS, Maria da Penha Machado de. **Gestão de pessoas no setor público**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2011.

RIBEIRO, Leandro. Jurisprudência como fonte do Direito. **Portal Jus**, [s. /], 26 jun. 2017. Brasil. Disponível em: <https://jus.com.br/jurisprudencia/58744/jurisprudencia-como-fonte-do-direito>. Acesso em: 6 out. 2022.

SILVEIRA, Lucas Heusner. **O desvio de função no serviço público**: seu controle e as decisões dos tribunais. 2010. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) - Departamento de Estudos Jurídicos, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2010. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/606>. Acesso em: 16 ago. 2022.

SOUZA, Renato Pessotti de. **Desvio de Função dos Servidores Técnico-Administrativos em Educação**: um estudo no Centro de Ciências Exatas da Universidade Federal do Espírito Santo. 2017. Dissertação (Mestrado Profissional em Gestão Pública) - Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/8696/1/tese_10978_Disserta%c3%a7%c3%a3o_Renato_Pessotti_de_Souza.pdf. Acesso em: 19 jun. 2022.

VELLOSO BAHIA, Luciana. **Desvio de função dos servidores públicos**. 2016. Monografia (Pós-Graduação em Direito Público e Privado)- Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_administrativo/edicoes/n3_2016/pdf/LucianaPeixotoFreitasVellosoBahia.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.

MORALIDADE E O CONTROLE SOCIAL: A IMPORTÂNCIA DA SOCIEDADE CIVIL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LUCAS RESENDE ROCHA MASCARENHAS:

Bacharel em direito – Turma 2019/2 do Centro Universitário Católica do Tocantins – UniCatólica, e pós-graduando em direito e processo administrativo - - Turma VII 2021/2022 da Universidade Federal do Tocantins – UFT.

Resumo: Este artigo tem por objetivo geral averiguar o papel da sociedade civil no controle da Administração Pública à luz do princípio da moralidade. Assim, tem-se como objetivos específicos apresentar o conceito e os princípios que norteiam a Administração Pública; abordar as formas de controle da Administração Pública; destacar os mecanismos de controle social da Administração Pública e a importância da sociedade civil na fiscalização da tomada de decisão dos gestores públicos para assegurar a moralidade administrativa. A pesquisa classifica-se como qualitativa, descritiva e bibliográfica. A hipótese levantada no artigo é de que uma considerável participação da sociedade civil no controle externo dos atos praticados pela Administração Pública poderá proporcionar uma efetividade e lisura para o desempenho das funções governamentais essenciais a sociedade em geral. Inicia-se o artigo pela abordagem dos aspectos conceituais e principiológicos da Administração Pública, passando, em um segundo momento, para a questão do controle da Administração Pública e, por fim, chegando a abordagem do controle social da Administração Pública. O resultado obtido dá conta da importância que a fiscalização externa dos atos da Administração Pública possui para que a transparência e a juridicidade dos atos administrativos sejam garantidas de maneira ampla.

Palavras-chaves: Controle Social. Gestão Pública. Moralidade Administrativa. Participação Social.

Abstract: The general objective of this paper is to investigate the role of civil society in controlling the Public Administration in light of the principle of morality. Thus, it has as specific objectives to present the concept and principles that guide the Public Administration; to address the forms of control of the Public Administration; to highlight the mechanisms of social control of the Public Administration and the importance of civil society in overseeing the decision making of public managers to ensure administrative morality. The research is classified as qualitative, descriptive and bibliographical. The hypothesis raised in the paper is that a considerable participation of civil society in the external control of the acts performed by the Public Administration can provide effectiveness and smoothness to the performance of governmental functions that are

essential to society in general. The paper begins by approaching the conceptual and principle aspects of the Public Administration, moving on, in a second moment, to the issue of control of the Public Administration and, finally, arriving at the approach of social control of the Public Administration. The result obtained shows the importance that the external inspection of the Public Administration's acts has for the transparency and legality of administrative acts to be broadly guaranteed.

Keywords: Social Control. Public Management. Administrative Morality. Social Participation.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ASPECTOS CONCEITUAIS E PRINCÍPIOLÓGICOS; 2.1. Princípios expressos norteadores da Administração Pública; 3. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 3.1 CONCEITO; 3.2 CONTROLE INTERNO; 3.3 CONTROLE EXTERNO; 4. CONTROLE SOCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 4.1. CONTROLE SOCIAL: DIREITO À INFORMAÇÃO, TRANSPARÊNCIA E PARTICIPAÇÃO SOCIAL; 4.2. MECANISMOS DE EXERCÍCIO DO CONTROLE SOCIAL; 4.3. ASPECTOS CRÍTICOS DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA GESTÃO DA COISA PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE; 5. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas a Administração Pública brasileira sofreu significativas mudanças em sua forma de atuação, principalmente por ter migrado do modelo burocrático, que centralizava inúmeras atividades no poder do Estado, para o modelo gerencial, com vistas a assegurar uma eficiência de fato.

Dentre as alterações sofridas no âmbito da Administração Pública ganha destaque as formas de controle, pois o modelo gerencial busca, como dito, aumento de eficiência, e clama mecanismos de controle dos atos praticados pelos gestores públicos, buscando assegurar o bem-estar coletivo.

O constituinte, no afã de assegurar mecanismos de controle, estabeleceu competências mas, sobretudo, consagrou princípios norteadores da Administração Pública, em todas as suas searas. Trata-se dos princípios elencados no *caput* do artigo 37 da CRFB/88, quais sejam, o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Não é demais ressaltar que quando práticas ímprobas se instauram na Administração Pública, há um comprometimento do bem-estar coletivo. Por isso, a doutrina pátria aponta ser a probidade intrinsecamente relacionada ao princípio da moralidade, e clama dos agentes públicos uma atuação ética. Desta forma, se distingue da

moral comum, pois possui cunho jurídico, podendo inclusive levar à invalidação de atos praticados em sua inobservância.

Em que pesem as mudanças para assegurar aumento de transparência na Administração Pública, alguns problemas ainda persistem, a exemplo da corrupção, da prática de atos de improbidade, dentre outros fatos que comprometem a eficiente gestão da coisa pública e reflete na sociedade.

Nesse cenário os mecanismos de controle da Administração Pública nos âmbitos interno e externo. Por exemplo, tem-se o controle administrativo, que é posto em prática pelo Executivo e por órgãos administrativos dos Poderes Legislativo e Judiciário, levando-se em conta os aspectos de legalidade e mérito do ato administrativo, seja por iniciativa própria, seja mediante provocação.

Porém, uma forma de controle ainda é mitigada. Trata-se do controle externo exercido pela sociedade, também denominado de controle social, exercido por meio da fiscalização e de denúncias em relação a irregularidade, que assim como as demais formas é importante para assegurar uma eficiente gestão e, em caso de atos que afrontem a moralidade administrativa, a responsabilização dos agentes.

Portanto, pauta-se o artigo na seguinte indagação: como a sociedade civil pode atuar no controle da Administração Pública Brasileira para que a tomada de decisão dos gestores públicos seja balizada no princípio da moralidade, tendo em vista o previsto na CRFB/88?

Para responder ao problema de pesquisa, tem-se como objetivo geral averiguar o papel da sociedade civil no controle da Administração Pública à luz do princípio da moralidade. E, como objetivos específicos busca-se apresentar o conceito e princípios que norteiam a Administração Pública; abordar as formas de controle da Administração Pública; destacar os mecanismos de controle social da Administração Pública e a importância da sociedade civil na fiscalização da tomada de decisão dos gestores públicos como instrumento para assegurar a moralidade administrativa.

Destarte, no que diz respeito aos métodos, a pesquisa se classifica como qualitativa, descritiva e bibliográfica, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do tema.

A hipótese levantada no artigo é de que uma efetiva participação da sociedade civil no controle externo dos atos praticados pela Administração Pública poderá proporcionar uma efetividade e lisura para o desempenho das funções governamentais essenciais a sociedade em geral.

O estudo do tema se justifica pela pertinência do mesmo para a sociedade civil, em especial no que diz respeito a fiscalização dos atos da Administração Pública em geral.

Inicia-se o artigo pela abordagem dos aspectos conceituais e principiológicos da Administração Pública, passando, em um segundo momento, para a questão do controle da Administração Pública e, por fim, chegando a abordagem do controle social da Administração Pública.

Por fim, o resultado obtido dá conta da importância que a fiscalização externa dos atos da Administração Pública possui para que a transparência e a lisura sejam garantidas de maneira ampla.

2.ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ASPECTOS CONCEITUAIS E PRINCIPIOLÓGICOS

A Administração Pública, como preleciona Furtado (2010), tem importância pelo fato de que toda a atividade administrativa se desenvolve, direta ou indiretamente, por meio da atuação de órgãos ou entidades públicas. Isso se deve porque o Estado moderno, de feição social e cooperativa, é chamado a interferir em todas as áreas da sociedade, ainda que em algumas o faça de forma menos intensa.

Não destoia desse entendimento as lições de Silva (2015), que ao abordar o conceito de Administração Pública defende tratar-se do conjunto de meios institucionais, financeiros, materiais e humanos preordenados à execução das decisões políticas, ou seja, é subordinada ao poder político, sendo o meio para atingir fins definidos.

Moraes (2016), por sua vez, afirma que a Administração Pública pode ser vista, subjetivamente, como o conjunto de órgãos e pessoas jurídicas que, por atribuição legal, exercem a função administrativa do Estado; e, objetivamente, é a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para executar os interesses coletivos.

Já Furtado (2010) apresenta o conceito de Administração Pública a partir dos sentidos orgânico e funcional. Assim, do ponto de vista orgânico, a Administração engloba as diversas unidades administrativas (órgãos e entidades) incumbidas de cumprir os fins do Estado, incluídos aqueles afetos às funções legislativas ou judiciais.

Di Pietro (2019) também apresenta uma divisão no conceito de Administração Pública analisando-a dos pontos de vista subjetivo e objetivo. Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, a Administração Pública designa os entes que exercem a atividade administrativa; abarca pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa; e em sentido objetivo, como já mencionado alhures, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração

Pública é a própria função administrativa que incube, predominantemente, ao Poder Executivo.

Em suma, para a supracitada autora, a Administração Pública, em sentido subjetivo, é as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que exercem a função administrativa; e, no sentido objetivo, é a atividade administrativa exercida por aqueles entes.

Nesse ponto é que ganha relevo os princípios norteadores da Administração Pública, que se encontram elencados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, todos os administradores, servidores públicos, órgãos, entidades, enfim, todos que participam de forma direta ou indireta com a Administração Pública devem agir conforme os princípios estabelecidos no texto constitucional. E, para assegurar a correta gestão, organização e execução dos atos, o constituinte cuidou de estruturar a Administração Pública de forma a possibilitar a mais eficiente possível gestão da coisa pública, a distinguindo em Administração Direta e Indireta, como se passa a abordar no próximo tópico.

Os conceitos principiológicos supracitados contribuem, sem sombra de dúvidas, para a moralidade da Administração Pública. A participação social efetiva nos atos praticados pela Administração Pública produz uma sensação de controle externo constante, fazendo com que atos temerários e irregulares sejam evitados ou minimizados.

2.1 Princípios expressos norteadores da Administração Pública

A Constituição Federal de 1988 apresenta, no *caput* do art. 37, cinco princípios norteadores da Administração Pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Vale lembrar que os quatro primeiros foram tratados no texto original da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao passo que o princípio da eficiência foi introduzido posteriormente, pela Emenda Constitucional nº 19/98.

O princípio da legalidade é uma diretriz fundamental para a própria Administração Pública, cuja validade das condutas administrativas depende da obediência fidedigna deles, como observa Carvalho Filho (2019), entendimento do qual comunga Justen Filho (2016, p. 29), para quem a “atividade administrativa é um conjunto de ações dirigidas à satisfação de necessidades coletivas e à promoção dos direitos fundamentais que se desenvolve sob a égide da legalidade”.

Na mesma senda leciona Mello (2014, p. 978), para quem, no “Estado de Direito a Administração só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinadas na ordenação normativa”, ou seja, toda e qualquer

conduta que a Administração Pública pretenda exercer deve estar descrita em lei, mas não só descrito o tipo de conduta, mas na maioria delas a lei ainda traz a forma e o procedimento que ela deve ser feita.

Isso se deve porque a legalidade abrange a concepção de democracia republicana (JUSTEN FILHO, 2016), ou seja, não só deve obedecer à lei específica ao assunto em que a conduta está vinculada, como também, em ordem direta a Constituição.

Desse modo, vê-se que a inobservância da norma imputa em conduta ilícita bem como apuração de responsabilidade e possível punição. Assim, o agente público ao emanar um ato advindo da esfera pública tem a responsabilidade de se pautar nas diretrizes da legalidade. Contudo, a legalidade não é o único princípio limitador da discricionariedade. Tem-se, ainda, a moralidade.

Quanto ao princípio da impessoalidade a doutrina nacional apresenta várias interpretações. A impessoalidade, por si só, "traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimetosas [...]" (MELLO, 2014, p. 104).

No entender de Silva (2015, p. 667), "os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário [...]". Assim, o administrado, ao possuir qualquer questionamento, deve se dirigir ao órgão de onde originou o ato ou provimento e, não ao agente público, que investido de poder, emanou a ordem.

Já Meirelles (2016, p. 81), ao definir o princípio da impessoalidade, associou-o ao princípio do interesse público, afirmando que "o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros", ou seja, administrador fica vinculado a perseguir a finalidade da função administrativa, o próprio interesse público primário.

Não obstante, o que realmente a Constituição Federal de 1988 objetiva ao consagrar o princípio da impessoalidade é afastar as condutas de ordem pessoal do administrador público da função administrativa, ou seja, "[...] atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia [...]" (MEDAUAR, 2018, p. 151). É, pois, no Estado Democrático de Direito, um limitador à discricionariedade administrativa.

O terceiro princípio previsto no *caput* do artigo 37 da CRFB/88 é o da moralidade que, em especial, interessa ao presente estudo. O princípio da moralidade está intimamente ligado ao princípio da legalidade, eis que a conduta imoral do administrador

geralmente reflete na violação de algum dispositivo legal. Foi na intenção de inibir o administrador a prática de condutas que visassem somente o seu interesse pessoal dentro da Administração Pública, que a Constituição Federal em seu art. 37, § 4º previu sanções aos que cometessem atos de improbidade administrativa, o que foi regulado posteriormente pela Lei nº 8.429/1992.

Porém, como observa Marinela (2016), a moralidade administrativa não se confunde com a moral comum, ou seja, é de cunho jurídico e exatamente por isso merece reprovação do ordenamento jurídico, com a responsabilização do gestor público que age em desconformidade com a moralidade. E assim acrescenta:

O princípio da moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum. Enquanto a última preocupa-se com a distinção entre o bem e o mal, a primeira é composta não só por correção de atitudes, mas também por regras de boa administração, pela ideia de função administrativa, interesse do povo, de bem comum. Moralidade administrativa está ligada ao conceito de bom administrador (MARINELA, 2016, p. 84).

Sob esta ótica, vê-se que o princípio da moralidade está vinculado à conduta do administrador público, o que Silva (2015, p. 668) define como “[...] conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral da Administração”, pois aduz que “[...] o cumprimento imoral da lei, no caso de ser executada com intuito de prejudicar ou favorecer deliberadamente alguém” não serve à Administração Pública.

Assim, denota-se que a moralidade administrativa só é respeitada quando o administrador público se abstém do interesse pessoal e visa somente o interesse coletivo, o que está relacionado, por conseguinte, ao princípio da impessoalidade.

Dando seguimento, tem-se o princípio da publicidade que, no Estado Democrático de Direito, tem por finalidade tornar o “governo do poder público em público” (BOBBIO, 1986, p. 84). Isso se deve porque a democracia, por si, necessita da publicidade para que os administrados possam exercer o controle da conduta de seus governantes; não havendo mais espaço para o exercício do poder do Estado por meio de segredos (ressalvados os casos de sigilo), ou seja, sem conhecimento dos administrados.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 transformou a obscuridade dos atos da Administração Pública em atos públicos ao prever a publicidade como princípio que rege a função administrativa, como exemplifica Medauar (2016, p. 159):

[...] Um dos desdobramentos desse princípio encontra-se no inc. XXXIII do art. 5º, que reconhece a todos o direito de receber; dos órgãos públicos, informações do seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral. O preceito é bem claro: o acesso a informações provindas dos órgãos públicos incide não somente sobre matérias de interesse do próprio indivíduo, mas também sobre matérias de interesse coletivo e geral.

Portanto, a publicidade “vigora para todos os setores e todos os âmbitos da atividade administrativa” (MEDAUAR, 2018, p. 161), e tem por objetivo proporcionar aos indivíduos o direito ao acesso à informação sobre os atos públicos bem como a expedição de documentos entre outras atividades da Administração Pública.

Por último, tem-se o princípio da eficiência, que passou a compor o rol do artigo 37 da CRFB/88, a partir da Reforma Administrativa implementada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, pois não constava do texto original da Constituição.

Medauar (2018, p. 161), ao tratar do princípio em comento, observa:

[...] liga-se à ideia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população.

A eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão. O princípio da eficiência vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade será sacrificada. Os dois princípios constitucionais da Administração devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade.

Desta feita, o princípio da eficiência tem como núcleo principal a prestação de serviço público com perfeição, para que haja a redução do desperdício de verba pública, com base na “produtividade e a economicidade” (MARINELA, 2016, p. 41).

Em suma, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, *caput*, consagra princípios expressos que devem nortear a Administração Pública, dentre os quais se encontra o princípio da moralidade, ao lado da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. E, com vistas a assegurar a responsabilização dos agentes públicos que agem em desconformidade com o princípio da moralidade é que o constituinte também determinou, no § 4º, do art. 37 do texto constitucional vigente a punição pelos atos de improbidade administrativas, nos termos da legislação própria.

O princípio da moralidade se mostra com um objeto de desejo dentro de uma Administração Pública ilibada e sem casos de corrupção. Todavia, para que esse princípio possa adquirir um outro patamar de aplicabilidade, é deveras fundamental a participação social na fiscalização dos atos praticados pela Administração Pública.

Resta evidente, do até aqui exposto, que a moralidade é um dos princípios consagrados expressamente no texto constitucional, que deve nortear toda a atividade do gestor público, justificando instrumentos de controle da Administração Pública, como se passa a expor na próxima seção.

3.CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como apontado na seção anterior, a Constituição Federal de 1988 apresenta, no *caput* do art. 37, cinco princípios norteadores da Administração Pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e transparência. E o princípio da moralidade possui significativo relevo, ao passo que exige uma postura ética dos gestores públicos, justificando a responsabilização quando praticados atos ímprobos.

Outrossim, não se pode ignorar que o administrador público possuir o poder-dever discricionário para a tomada de decisão sobre sua conduta quando dela houver mais de uma possibilidade, a conduta discricionária somente será válida se consistir na adequação da conduta adotada, pelo administrador, junto à finalidade que a lei impunha de tal ato, para que seja legítima (CARVALHO FILHO, 2019). Não obstante, além de observar as disposições legais expressas, o gestor público também deve pautar suas ações nos princípios constitucionais.

Isso se deve porque, como leciona Oliveira (2020), toda atividade administrativa, todos os seus princípios, todos os freios, toda a sua organização e alteração podem ser resumidos no respeito à dignidade humana. Ou, na dignidade do administrado, do cidadão, do servidor e do administrador público, e na abertura à participação comunitária, é que se encontra a justificativa para um controle efetivo dos atos praticados pelos gestores públicos, que devem conduzir seus atos em prol dos anseios sociais, principalmente porque a consecução do bem comum é o objetivo máximo do Estado Democrático de Direito.

Destarte, passa-se então a averiguar o conceito de controle da Administração Pública, objeto do próximo tópico.

3.1 Conceito

O controle da Administração Pública é, em resumo, o conjunto de mecanismos destinados a orientar, revisar e corrigir a atividade administrativa. O controle da

Administração Pública pode ser dividido, em relação ao órgão que o exerce, em administrativo, legislativo e judicial. No estudo a ênfase será focada no controle da função administrativa do Estado, haja vista a impossibilidade de se explorar todas as classificações apresentada pela doutrina.

Anote-se que o controle administrativo é executado pelo Poder Executivo e por órgãos administrativos do Legislativo e do Judiciário, levando-se em conta os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação.

O controle realizado pelo Executivo é aquele em que o próprio órgão ou Poder realiza sobre as atividades que realiza. É, pois, uma forma típica de controle interno, com os mesmos fundamentos apresentados acima sobre este controle (FURTADO, 2010).

Já o controle legislativo é aquele exercido pelo Poder Legislativo, no âmbito de todos os entes federados, em face dos demais Poderes e sobre a sua própria administração. Entende-se que este controle pode ser desmembrado em duas partes: o controle político e o controle financeiro-orçamentário.

Segundo Medauar (2016), o controle político compete exclusivamente ao Congresso Nacional e a suas duas casas: a Câmara dos Deputados e o Senado, além das comissões permanentes e temporárias e tem como objetivo a preservação e o equilíbrio das instituições democráticas do país, faz parte dos freios e contrapesos que caracteriza o Estado Democrático.

Já o controle judicial é o controle realizado somente em relação à legalidade e está restrito à observância do ato e sua conformidade com os regramentos legais e com a Constituição Federal (CARVALHO FILHO, 2019).

Anote-se que o controle realizado pelo Poder Judiciário na sua atividade judicante sobre todos os órgãos e Poderes e tem como base o comando Constitucional contido no art. 5º, inciso XXXV, pois “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Verifica-se, do aqui exposto, que o controle da Administração Pública nada mais é que a atuação do Estado, em sentido amplo, na fiscalização direta ou indireta dos atos praticados pelos gestores públicos, com vistas a assegurar o bem-estar coletivo e a ilibadas práticas na gestão da coisa pública.

O controle rígido dos atos praticados pela Administração Pública possui correlação direta e dissociável com a moralidade. Quanto mais significativo for o controle externo com a participação social, mais efetivo será o grau de moralidade na estrutura do Poder Público e nas suas relações internas e externas.

3.2 Controle Interno

Inicialmente, vale ressaltar que a divisão em controle interno e externo da Administração Pública leva em consideração a extensão do controle. Assim, o controle interno se dá quando se realiza por entidade ou órgão que seja responsável pela atividade objeto do controle, no âmbito da própria administração.

Como observa Medauar (2018), o controle interno é o realizado no âmbito de cada Poder, não se confundindo com controle exercido pelo Poder Executivo, pois também é controle interno o realizado no âmbito do Judiciário, do Legislativo, do Ministério Público e do Tribunal de Contas.

Portanto, quando o Tribunal de Justiça de um Estado-membro realiza o controle de atos praticados pelo Presidente do órgão, está realizando o controle interno. Inobstante, é preciso compreender que a atividade administrativa e o seu controle interno não se limita aos atos praticados pelo Poder Executivo.

Desta forma, e como salienta Carvalho Filho (2019), o controle interno se dá quando se realiza por entidade ou órgão que seja responsável pela atividade objeto do controle, no âmbito da própria administração. Com isso, o controle interno é o realizado no âmbito de cada Poder, não se confundindo com controle exercido pelo Poder Executivo, pois também é controle interno o realizado no âmbito do Judiciário, do Legislativo, do Ministério Público e do Tribunal de Contas.

Nesse sentido esclarece Marinela (2016, p. 1212), que assim conceitua o controle interno:

Tem-se por controle interno todo aquele realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito de sua própria estrutura. Como exemplo têm-se: o controle realizado pelo Poder Executivo sobre seus serviços ou agentes; o controle exercido por um órgão ministerial sobre os vários departamentos administrativos que o compõem, isso porque todos integram o mesmo Poder Executivo; e o controle interno exercido pelas Corregedorias sobre os servidores do Judiciário. O controle interno dispensa lei expressa, porque a Constituição, no art. 74, dispõe que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem manter de forma integrada sistema de controle interno.

Resta evidente, portanto, que o controle interno se diferencia do externo por ser realizado pelo mesmo órgão ou entidade, mas se estende a todos os Poderes, não se

limitando ao Executivo. Contudo, é sempre exercido internamente, sem ingerência de outro Poder.

Um controle interno com independência e força de fiscalização é indispensável para que a moralidade almejada dos atos praticados seja alcançada. Assim, o controle interno deve possuir uma estrutura própria e diversa do segmento da Administração Pública que fiscaliza.

3.3 Controle Externo

Assim como os atos administrativos sofrem o controle do Poder, no âmbito em que foi realizado é também possível a realização do controle externo. Este é caracterizado quando um órgão estranho de onde a conduta se originou, a fiscaliza. Como exemplo tem-se apreciação das contas de órgãos e entidades do Poder Executivo pelo Tribunal de Contas, ou quando o Judiciário é provocado a se pronunciar sobre a legalidade do afastamento de um servidor público.

Portanto, o que distingue o controle externo do controle interno, visto no tópico anterior, é exatamente a possibilidade, consagrada em lei, de que um órgão fiscalize, acompanhe a prática de atos no âmbito de outro Poder, sem que isso signifique afronta à autonomia, à independência. Mantem-se a separação de Poderes, mas há a possibilidade de revisão dos atos por outro órgão.

Ao abordar o controle externo da Administração Pública, Marinela (2016, p. 1213) assim o define:

O controle externo é o que se realiza por órgão estranho à Administração responsável pelo ato controlado, criado por Lei ou pela Constituição Federal e destinado a tal tarefa. Assim, são exemplos de controle externo da administração pública: a apreciação das contas pelos Tribunais de Contas; a anulação de determinado ato administrativo por decisão judicial, a sustação de ato normativo do Executivo pelo Legislativo, entre outros (MARINELA, 2016, p. 1213).

Contudo, o controle externo não se limita aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo. Ele também pode ser realizado pela sociedade, por meio de fiscalizações, denúncias e audiências públicas e etc. Portanto, o controle externo social é um mecanismo de controle, em que qualquer pessoa possui legitimidade para questionar a legalidade de um ato e propugnar por sua validade.

Um exemplo do controle externo exercido pela sociedade é aquele previsto no art. 31, § 3º, da Constituição Federal, determinando que as contas do município fiquem por

sessenta dias à disposição dos cidadãos (BRASIL, 1988), para que possam examinar, apreciar e até questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

A modalidade de controle em comento é também trabalhada por Marinela (2016, p. 1213), que trata do controle externo realizado pela sociedade nos seguintes termos:

[...] o controle externo popular é a forma de controle dos atos administrativos através da qual qualquer pessoa pode, na qualidade de cidadão, questionar a legalidade de determinado ato e pugnar pela sua validade. Um bom exemplo está previsto no art. 31, § 3º, da CF, determinando que as contas dos Municípios (Executivo e Câmara) fiquem, durante 60 dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, podendo questionar-lhes a legitimidade nos termos da lei. Outro exemplo está na obrigatoriedade de realização de audiências públicas para discutir o plano plurianual e determinadas licitações de grande porte ou relevante interesse social.

Percebe-se, portanto, que o controle da Administração é amplo, podendo ser realizado internamente, no âmbito do mesmo Poder que praticou o ato administrativo, ou externamente, ganhando relevo, nesse cenário, o controle social, como se passa a expor.

4. CONTROLE SOCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 Controle social: direito à informação, transparência e participação social

A atividade administrativa dos entes federais possui inegável importância para a sociedade. Ocorre que nem sempre os atos administrativos são pautados na moralidade, justificando, como já apontado, o exercício de um controle interno e externo. Contudo, o controle social ainda é pouco debatido e, não raras vezes, o administrado sequer conhece os mecanismos para a fiscalização da gestão pública e para a participação em uma eficiente gestão.

Anote-se que o controle social, assim como ocorre com o controle das políticas públicas, é conhecido como uma modalidade de “novos controles”, pois não estão previstos nas espécies clássicas, tradicionais de controle da Administração Pública, tal como ocorre com o controle interno e externo, jurisdicional e legislativo, por exemplo.

Ao tratar do conceito de controle social, Tavares e Romão (2021), afirmam que nos últimos anos muitos são os instrumentos que asseguram o controle social da gestão

pública, compreendido como a efetiva participação estatal no controle das políticas públicas, da gestão da coisa pública e que, por isso, assegura a confiança mútua.

A Corregedoria Geral da União, ainda em 2012, emitiu uma cartilha denominada “Controle Social: Orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social”. Esta traz a conceituação do controle social e os seus objetivos, nos seguintes termos:

O controle social, entendido como a participação do cidadão na gestão pública, é um mecanismo de prevenção da corrupção e de fortalecimento da cidadania. No Brasil, a preocupação em se estabelecer um controle social forte e atuante torna-se ainda maior, em razão da sua extensão territorial e do grande número de municípios que possui. Assim, o controle social revela-se como complemento indispensável ao controle institucional, exercido pelos órgãos fiscalizadores. Para que os cidadãos possam desempenhá-lo de maneira eficaz, é necessário que sejam mobilizados e recebam orientações sobre como podem ser fiscais dos gastos públicos. Nesta cartilha são discutidos temas como democracia participativa, as formas e mecanismos de controle do planejamento e da execução das ações do governo, o direito à informação e ao exercício de prerrogativas que permitam ao cidadão contribuir para a correta aplicação do dinheiro público (BRASIL, 2012, p. 09).

Cristóvam, Mezzaroba e Pereira (2021a), por sua vez, ressaltam que o Estado vem assegurando, ao longo dos últimos anos, mecanismos para que a sociedade participe da gestão pública. E citam a transformação digital como evidente exemplo da ampliação dos mecanismos de controle social da Administração Pública.

Bitencourt e Pase (2019) ressaltam, ainda, com o aumento da participação social no controle da Administração Pública, a consequência imediata é o amadurecimento do Estado e, conseqüentemente, a democracia participativa resta fortalecida.

Desta feita, o controle social é promovido pela sociedade civil e se efetiva através da atuação de pessoas e instituições que estão fora da estrutura governamental, ou seja, que não integra nenhum Poder, nenhum órgão.

A participação da sociedade na gestão pública, que pode se oferecer de forma individualizada ou coletiva, tem inúmeras finalidades, dentre elas a prevenção da corrupção, a observância dos princípios constitucionais, a devida destinação dos recursos públicos, a revisão de contas públicas, dentre outras.

Não se pode ignorar, nesse contexto, que a Constituição Federal de 1988, ainda que não tenha utilizado a expressão “controle social”, assegurou vários mecanismos para que o cidadão participe da gestão da coisa pública, dentre os quais se pode citar,

ilustrativamente, o acesso à informação (art. 5º, XIV e XXXIII, da CRFB/88); o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CRFB/88); a ação popular (art. 5º, LXXIII, da CRFB/88); direito de o contribuinte examinar a legitimidade das contas municipais (art. 31 da CRFB/88); legitimidade do cidadão para fazer denúncias junto ao TCU (art. 74, §2º, da CRFB/88); direito de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta (art. 37, § 3º, da CRFB/88) com o direito de reclamação; acesso a registros administrativos e atos do governo e representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração Pública, dentre outros (BRASIL, 1988).

Além da Constituição Federal de 1988 – CRFB/88, também a legislação infraconstitucional possibilita mecanismos para o controle da Administração Pública pela sociedade, como ocorre na Lei de Licitações, que possibilita a qualquer cidadão requerer da Administração informações quanto às obras e preços unitários de cada execução. É um explícito exemplo de como a sociedade pode participar fiscalizando a destinação de recursos públicos (BITENCOURT; PASE, 2019).

Já Pereira, Cristóvam e Mezzaroba (2021b) apontam a importância da reclamação do usuário de serviços públicos como importante instrumento de controle social da Administração Pública. Ressaltam os autores que:

A Lei nº 13.460, promulgada em 26 de junho de 2017, na parte em que dispõe acerca da “participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública”, visa regulamentar os arts. 37, § 3º, inciso I, e 175, parágrafo único, inciso II, ambos da Constituição da República de 1988. Trata-se de um importante marco no ordenamento jurídico pátrio no que toca aos direitos dos cidadãos, não apenas pela perspectiva da defesa na prestação de serviços públicos, mas, sobretudo, por disciplinar mais uma forma de atuação (ou “participação”) daqueles na Administração Pública brasileira, em seus diferentes níveis (PEREIRA; CRISTÓVAM; MEZZAROBA, 2021b).

Sabioni, Ferreira e Reis (2018) concluem que a participação social no controle social da Administração Pública proporciona eficiência e eficácia na atuação dos gestores públicos, o que justifica e motiva o aumento de ingerência dos indivíduos, de forma individual e também por meio de organizações, na gestão pública.

Portanto, não há como negar que o constituinte e também o legislador se preocuparam em assegurar meios para que os cidadãos exerçam o controle social, o que reforça a importância da informação e da transparência das informações atinentes a atividade da Administração Pública.

O direito fundamental à informação está previsto no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, o qual garante a todos o direito de receber dos órgãos públicos

informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas a garantia de sigilo daquelas que sejam imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado.

Por conseguinte, a Constituição Federal de 1988 – CRFB/88 estabelece como regra o acesso à informação e o sigilo em situações de exceção. Percebe-se, dessa maneira, que o legislador constituinte preceitua o amplo acesso à informação pelo cidadão, sejam elas de interesse particular ou de interesse coletivo, ressalvando-se apenas as imprescindíveis à segurança do Estado e da sociedade.

A Constituição Federal preceitua, também, em seu artigo 37, II, § 2º que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII.

A lei de acesso à informação, também conhecida como LAI ou Lei nº 12.527/2011, foi publicada em 18 de novembro de 2011, estabelecendo sua entrada em vigor após decorridos 180 dias dessa data. Trata-se de uma lei federal e, portanto, aplica-se à União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A lei é expressa quanto aos órgãos que estão submetidos a cumprir as suas ordens e, conforme inteligência do art. 1º, parágrafo único, subordinam-se ao regime da lei os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público; as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ainda quanto à aplicação, a lei informa que, no que couber, as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para a realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres estão sujeitas à sua disciplina.

Cumprido destacar que a LAI possui como escopo garantir a concretização do direito fundamental à informação, norteado pelos valores da democracia, publicidade e transparência. Adiante, consagra o princípio da transparência, que não se refere apenas à disponibilização de dados e informações, ele vai além, pois as informações devem ser cristalinas e acessíveis a sociedade, por meio de portais de transparência.

O Estado Democrático de Direito atribui a posição de partícipe ao cidadão. Portanto, a gestão antes fundada na verticalização e distanciamento em relação ao cidadão, dá lugar à horizontalização e, conseqüentemente, ao aumento da participação da sociedade.

O acesso à informação, o respeito aos direitos fundamentais, bem como a transparência na gestão do interesse público passam a ser observados. O cidadão ganha destaque e o diálogo e debates entre a população e o administrador público são recorrentes, o exercício das competências discricionárias não mais é realizado de forma unilateral pela Administração Pública.

Outrossim, a ordem constitucional não mais prestigia manifestações unicamente verticais e unilaterais de gestão administrativa, o princípio da transparência associa-se à ideia de democracia, uma vez que possui como objetivo legitimar as ações da Administração Pública por meio do debate e influência direta dos cidadãos na gestão pública.

Ademais, o art. 37 da Constituição Federal de 1988 evidencia, como um de seus princípios, a publicidade, a qual é responsável por instrumentalizar o princípio da transparência. O conceito de transparência, entretanto, não se restringe a simples disponibilização de informações, é necessário que canais de participação do cidadão sejam abertos e influam na elaboração e tomada de decisão da Administração Pública.

Não bastasse isso, a transparência está consagrada no art. 5º da Lei de Acesso à Informação, o qual preceitua que: É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente e em linguagem de fácil compreensão.

Dessa forma, a lei garante que o cidadão tenha acesso à informação, que deve ser fornecida pelo Estado e o descumprimento do dever de garantia à informação pode ser combatido por via administrativa ou judicial. E a informação, por sua vez, resguarda a transparência. Portanto, não há como ignorar que o papel do cidadão, na gestão da coisa pública, é fundamental, sendo importantes os mecanismos de exercício do controle, objeto do próximo tópico.

4.2 Mecanismos de exercício do controle social

Como visto no tópico anterior, controle social se encontra, ainda que implicitamente, consagrado em inúmeros dispositivos na Constituição e também em legislação infraconstitucional. Isso se deve porque a Constituição Federal de 1988 foi responsável por evidenciar o cidadão participe na elaboração das políticas públicas.

Um mecanismo de exercício do controle social se evidencia no planejamento orçamentário. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 174 informa que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as

funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (BRASIL, 1988).

Depreende-se, dessa forma, que é dever do Estado a função de fiscalizar, incentivar e planejar. Assim, o Estado deve planejar as suas políticas públicas juntamente com a sociedade, pois ninguém seria mais capacitado que os indivíduos para identificar e apontar as necessidades.

Não é demais ressaltar que a Constituição estabeleceu três instrumentos do planejamento, previstos no artigo 165, quais sejam, o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais da Administração Pública.

O plano plurianual, também conhecido como PPA, é regulamentado pelo Decreto nº 2.829, de 29 de outubro de 1998, o qual configura um plano de médio prazo. Conforme cartilha da Controladoria Geral da União, o plano plurianual apresenta critérios de ação e decisão que devem orientar os gestores públicos (Diretrizes); estipula os resultados que se busca alcançar na gestão (Objetivos), inclusive expressando-os em números (Metas) e delinea o conjunto de ações a serem implementadas (Programas).

O plano plurianual é responsável por definir as políticas públicas do Governo Federal pelo período de quatro anos e a forma, os caminhos para que as metas e objetivos perseguidos sejam alcançados.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 165, § 1º estabelece que:

§ 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (BRASIL, 1988).

Portanto, a participação da sociedade na elaboração do PPA é de significativo relevo, principalmente em um país de dimensão continental, como realidades diversas e, conseqüentemente, com aspirações que se norteiam pela regionalidade.

O artigo 165, §2º da Constituição Federal traz que:

§ 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (BRASIL, 1988).

Por conseguinte, tem-se a Lei Orçamentária Anual, também conhecida como LOA, é elaborada pelo Executivo e é responsável por disciplinar as atuações do Governo Federal, ela estima as receitas e fixa as despesas do Governo para ano subsequente. As despesas públicas devem ser executadas dentro do Orçamento. Na elaboração da LOA, o Congresso possui o papel de avaliar a proposta elaborada pelo Executivo.

Em relação à lei orçamentária anua a Constituição Federal de 1988 dispõe que a lei orçamentária compreenderá o orçamento fiscal, orçamento de investimento e ainda o orçamento da seguridade social, senão vejamos:

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público (BRASIL, 1988).

Ainda, quanto aos instrumentos de controle social no país, devem ser ressaltados os Conselhos de Política Pública, os observatórios sociais, a audiência pública e a consulta, por exemplo. E, embora não seja o objetivo deste estudo esgotar a análise dos mecanismos, é relevante apontar a forma de atuação e como podem contribuir para o controle social.

O termo observatório está sendo empregado desde a década de 1990 e possui atuação no campo social e político. Os observatórios são conceituados como instituições independentes e possuem atribuições voltadas para o controle de gastos da Administração Pública. Para tanto, os observatórios realizam pesquisas e estabelecem conexões para que os princípios constitucionais da administração pública, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência sejam observadas.

A corrupção e favorecimentos impulsionaram a criação dos observatórios, os quais procuram controlar os gastos e fiscalizar as contas públicas, baseados na ética e justiça social. A credibilidade das instituições públicas está abalada no cenário nacional, o que

colabora para que a observação e o monitoramento dos gastos públicos pelos observatórios.

Quanto aos valores estão a cidadania, o comprometimento com a justiça social, atitude ética e proativa e ação preventiva e visão de longo prazo.

Em relação ao seu objetivo, o site do observatório social do Brasil informa o fomento e apoio a consolidação do sistema de controle social, além da disseminação de ferramentas de educação fiscal e inserção da micro e pequena empresa no rol de fornecedores de prefeituras municipais.

Como objeto de atuação o Observatório Social do Brasil estabelece que ações de educação para a cidadania fiscal e controle social focadas no presente, a atuação é preventiva e em tempo real, de forma a contribuir para a eficiência da gestão pública, por meio da vigilância social da execução orçamentária em conjunto com os órgãos oficiais controladores.

Resta evidente a relevância dos observatórios que, ao lado de outros mecanismos, previstos ou não na legislação, são meios de participação social e, conseqüentemente, de controle social da Administração Pública.

4.3 Aspectos críticos da participação social na gestão da coisa pública e o princípio da moralidade

Após a promulgação da Constituição de 1988, como observado na Seção 01, propugna-se uma aproximação do cidadão ao Poder Público. Dessa forma, a democracia participativa é enaltecida e o controle direto dos cidadãos no processo de tomada de decisão e gestão da Administração Pública ganha destaque.

A concretização do Estado Democrático de Direito pressupõe a existência de uma Administração Pública que garanta o diálogo efetivo entre os governantes e governados, com a adoção de medidas práticas e vinculadas, nesse contexto de democracia o que se pretende é que o cidadão passe a ser partícipe das decisões políticas, constatadas em todos os níveis de atuação do Estado, seja cooperando, fiscalizando ou acompanhando e não somente um cidadão mero destinatário das atuações estatais.

A Administração Pública deve privilegiar a participação social no planejamento e gestão do interesse público secundário com o intuito de conferir legitimidade às políticas públicas e conseqüente concretização de direitos fundamentais sociais.

Entretanto, a doutrina administrativista não reconhece a participação social na gestão da Administração Pública.

Nesse sentido leciona Justen Filho (2016, p. 110):

No Brasil, em especial, é imperioso destacar a necessidade de revisão do direito administrativo, que ainda está entranhado de concepções não democráticas, provenientes do passado. A Constituição Federal de 1988 coroou um lento processo de aperfeiçoamento democrático da nação brasileira. Consagrou um Estado Democrático de Direito, proscrevendo definitivamente perspectivas de legitimação carismática.

Apesar disso, a atividade administrativa estatal continua a refletir concepções personalistas de poder, em que o governante pretende imprimir sua vontade pessoal como critério de validade dos atos administrativos e invocar projetos individuais como fundamento de legitimação para a dominação exercitada. A concepção de um Estado Democrático de Direito é muito mais afirmada (semanticamente) na Constituição do que praticada na dimensão governativa. Isso deriva da ausência de incorporação, no âmbito do direito administrativo, de concepções constitucionais fundamentais. É a visão constitucionalizante que se faz necessária para o direito administrativo brasileiro, o que importe a revisão dos conceitos pertinentes do chamado regime de direito público.

A Constituição de 1988 consagrou o Estado Democrático de Direito, como dito. No entanto, a cultura política e histórica brasileira, a qual é caracterizada pela apropriação privada da esfera pública, patrimonialismo, clientelismo, privilegia poucos grupos, o que impacta diretamente a efetivação da democracia brasileira.

A participação da sociedade pode ser entendida no sentido de controle da ação administrativa estatal, gestão administrativa e fiscalização da atuação administrativa. O cidadão, como já dito, deveria estar presente em todos os níveis de atuação do Estado, seja acompanhando, cooperando ou fiscalizando.

O planejamento, o orçamento participativo e experiências de conselhos, os quais são formados por pessoas da sociedade são responsáveis por acompanhar diretamente e controlar as ações da Administração Pública. Existem inúmeros Conselhos, entre eles: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, Conselho Nacional de Educação, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, CONANDA. Os conselhos estão diretamente atrelados às experiências de controle social da Administração Pública.

O Conselho Nacional de Educação, por exemplo, tem como missão e objetivo principal criar mecanismos e alternativas dentro das instituições para proporcionar a participação da sociedade no desenvolvimento e no aprimoramento contínuo da educação.

Ocorre que, conforme evidenciado por Justen Filho (2016), a participação ativa da sociedade junto à Administração Pública encontra óbices, tanto em relação às estruturas das instituições políticas, bem como aos aspectos culturais da sociedade.

É importante trazer à discussão os ensinamentos de Restrepo (2017). Para o doutrinador, a realidade é revelada como uma encriptação do poder, cuja operacionalização se efetiva por meio do Direito, o qual oferece sustentação a um simulacro de Estado de Direito.

O autor esclarece, também, que na encriptação a linguagem é erguida como uma parede sanitária para manter os sistemas de transcendência seguros contra a infecção do bárbaro, do marginalizado, para manter as pessoas “ocultas” fora dos limites da linguagem e é este o espírito oligárquico (RESTREPO, 2017).

Dessa forma, muitas vezes os cidadãos são considerados pessoas “ocultas”, porque eles estão em situação de vulnerabilidade econômica, juridicamente desprotegidos, frágeis e totalmente excluídos.

A criptografia assegura a permanência de um sistema predatório e garante a destruição da democracia em seu nome, com todos os malefícios decorrentes do termo: colonização, fome, guerras, violência de gênero, expropriação legal, racismo e o império do capital. O principal objetivo da encriptação é impedir a realização da verdadeira democracia por meio do ofuscamento do significado de todo sistema de comunicação.

A encriptação, segundo o autor, não é somente uma manobra para atrapalhar a linguagem, mas o cerne operacional do poder como dominação. A encriptação é o problema central da política. A criptografia, então, não serve somente ao propósito de derrubar a democracia, mas também destrói a política à medida que ela a privatiza para o único domínio de especialistas (RESTREPO, 2017).

O autor também ensina que a criptografia do poder aparece quando os criadores de línguas qualificadas (juizes, promotores, sábios) se tornam porta-vozes do poder como dominação, que projetam liturgias de poder com a intenção de submeter os intérpretes da linguagem (as pessoas “comuns”) a uma realidade fixa e impenetrável (RESTREPO, 2017).

Resta cristalino que o direito é utilizado como ferramenta para atender interesses, o domínio desta ferramenta é restrito a uma parcela da população, a desigualdade no alcance dessa linguagem é notória. Isso acontece, pois, a desigualdade socioeconômica,

cultural é visível e assola a maioria da população, sendo este um entrave à concretização da justiça social.

É notável que apesar de a Constituição Federal de 1988 enaltecer a participação do cidadão na atuação da Administração Pública, são poucos os que possuem domínio técnico e também linguístico capazes de entender e participar de forma isonômica e ativa junto aos gestores públicos.

Dessa forma, é preciso concretizar o acesso isonômico aos direitos básicos à sociedade e além disso romper com a neutralização da desigualdade, pois apesar de o ordenamento jurídico trazer a igualdade como um de seus princípios, como o faz a Constituição de 1988, há inegavelmente grupos privilegiados, que utilizam o ordenamento jurídico como forma de continuarem a possuir domínio e vantagens em detrimento dos demais.

O ordenamento jurídico inclui formalmente, no plano teórico a população, entretanto as pessoas são invisíveis no cenário político, cultural, econômico, o que impede a efetivação de um Estado realmente democrático e de direito. Entende-se, dessa forma, que o ordenamento jurídico garante semanticamente direitos à maioria das pessoas, mas, concretamente, seu exercício e efetividade estão ligados à minoria, já privilegiada. No mesmo sentido, Moreira Neto (2019, p. 44) ensina que:

Não deixa de ser intrigante como é que, em plena Era das Comunicações, que tornou possível a divulgação das mensagens políticas a todo povo e lhe possibilitou um melhor conhecimento de seus representantes, o que em tese tornaria mais realizável e mais perfeita a democracia, tem crescido a despreocupação real com os interesses públicos, o oportunismo político e a demagogia, quando não a corrupção, para horror e desprezo dos cidadãos. Nesse clima, os eleitores votam cada vez menos e os políticos perdem, cada vez mais, o respeito dos concidadãos. A própria atividade política passa a ser considerada suja pelo homem comum, alijando-se da prática democrática e ensimemando-o em seus interesses privados, sobre os quais se sente capaz de exercer, enfim maior controle.

A democracia, na realidade, pelo menos na percepção de grandes contingentes da cidadania frustrada, não tem evoluído muito além de um ritual periódico que substitui um grupo de interesses por outro no comando político do Estado.

O poder, na verdade, está mascarado pelo próprio texto jurídico, pois ele informa os interesses que devem ser reconhecidos previamente como legítimos e os sujeitos que têm de ser reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

A Administração Pública, permeada por uma cultura personalista, acarreta a crise das instituições políticas, a sociedade ainda é vista como sociedade de mercado. A manipulação pela classe dominante, seja política, econômica, ocorre por meio dos jogos de linguagem, que possuem como objetivo excluir a sociedade das discussões políticas e jurídicas e da tomada de decisões.

Pode-se falar, assim, que o direito moderno apesar de preceituar a igualdade formal, possui seu conteúdo e interpretação norteados pelo discurso liberal, o qual preceitua que o sujeito de direitos e liberdades é aquele que possui poder econômico, a lógica do mercado e consumismo imperam. O poder econômico de uma sociedade consumista e capitalista e a consequente influência no meio ambiente são determinantes para os desastres ambientais que veem ocorrendo.

Percebe-se que há um simulacro, em que o grupo dominante se vale de um discurso democrático de direito e soberania popular para que os seus atos sejam legitimados. Dessa forma, as elites dominantes conseguem se manter no poder e afastar a sociedade das decisões, pela representação.

Restrepo (2017) afirma que o direito encripta os poderes econômicos, os quais impedem a legitimidade da sociedade em geral e para que a democracia real possa ocorrer, é trazido o conceito da descriptação do poder.

A descriptação surge como uma ferramenta que pretende elucidar o discurso liberal que se encontra no ordenamento jurídico, a ênfase é atribuída ao alcance do real e efetiva democracia, na qual o povo ganha destaque. Desse modo, é possível refletir que, independentemente da crença em um pluralismo total e sem exclusões, é urgente a necessidade de se trazer à tona essas formas de exclusão, ao invés de ocultá-las.

O direito não deve ser pensado de modo a se basear no modelo ilusório de igualdade, pelo contrário, o direito deve ser instrumento de uma democracia real (aquele que traduz uma participação direta e ativa da sociedade como um todo), que seja capaz de evidenciar as diversidades, exclusões, pluralidades de conflitos imanentes à sociedade com tanta diversidade e desigual como a brasileira.

A encriptação do poder, para o Restrepo (2017), possui como principal objetivo o impedimento da realização da mais pura democracia, por meio do ofuscamento do significado de todo sistema de comunicação. A encriptação, ainda, utiliza o poder como instrumento de dominação.

Doutro norte, é possível afirmar que apesar de o Estado Democrático preceituar a importância da participação popular na tomada de decisões e controle da Administração Pública, o Direito Administrativo não regulamenta a participação como gestão administrativa.

Depreende-se que o ordenamento jurídico garante semanticamente direitos à maioria das pessoas, mas, concretamente, seu exercício e efetividade estão ligados à minoria, o que contraria expressamente o princípio democrático.

O exercício do controle social pela sociedade na Administração Pública só é possível se constatada a efetiva atuação da participação popular. É necessário que a cultura personalista, com caráter autoritário, existente na história do poder do Brasil dê lugar a uma cultura que prioriza não só no aspecto formal a participação ativa da população. As desigualdades de classe, financeiras, educacionais devem ser reduzidas para que o debate e a participação tenham relevo.

A Administração Pública, permeada por uma cultura personalista acarreta a crise das instituições políticas, a sociedade ainda é vista como sociedade de mercado. A manipulação pela classe dominante, seja política, econômica, ocorre por meio dos jogos de linguagem, que possuem como objetivo excluir o povo das discussões políticas e jurídicas.

Essa exclusão é evidenciada pela impossibilidade de o cidadão atuar de forma efetiva na gestão administrativa. Os manuais de Direito Administrativo apontam a participação popular somente como instrumento de controle da Administração Pública. Assim:

Quanto aos chamados controles sociais ou controles não institucionalizados, tais como as manifestações de entidades da sociedade civil, as manifestações dos partidos políticos, os abaixo-assinados, as passeatas, a imprensa falada, escrita e televisiva, as cartas à imprensa, embora tais atuações não culminem em medidas por si próprias, podem contribuir, pela repercussão, para o aprimoramento da Administração. Tais manifestações deveriam sobretudo, exigir atuações mais efetivas dos entes institucionais de controle.

A descrença generalizada a respeito dos mecanismos de controle sobre a Administração que levaria ao imobilismo ou niilismo, deve ser substituída justamente por mais estudos e debates sobre o tema, na busca de maior efetividade dos controles, inclusive com a criação

de novos mecanismos ou a melhoria dos atuais. (MEDAUAR, 2018, p. 413).

Ainda quanto à regulamentação da participação popular como controle:

Controle externo popular – É o previsto no art. 31, §3º, da CF, determinando que as contas do Município (Executivo e Câmara) fiquem, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte para exame e apreciação, podendo questionar-lhes a legitimidade nos termos da lei. A inexistência de lei específica sobre o assunto não impede o controle, que poderá ser feito através dos meios processuais comuns, como o mandado de segurança e a ação popular. (MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO, 2014, p. 756).

Semelhante são os ensinamentos de Di Pietro (2019, p. 797):

Embora o controle seja atribuição estatal, o administrado participa dele à medida que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo. A Constituição outorga ao particular determinados instrumentos de ação a serem utilizados com essa finalidade. É esse, provavelmente, o mais eficaz meio de controle da Administração Pública: o controle popular.

A Emenda Constitucional nº 19/98 inseriu o §3º no artigo 37 prevendo lei que discipline as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I- as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII; III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (DI PIETRO, 2013, p. 797).

É importante que sob o paradigma de Estado de Direito Democrático, a Administração Pública esteja balizada por princípios e instituições que primam pelo bem comum, com o fortalecimento dos atores sociais (participação popular) no momento de tomada de decisões em conjunto com o gestor público. Quanto à importância da participação popular:

O agente estatal é um servo do povo e seus atos apenas se legitimam quando compatíveis com o direito. Toda a disciplina da atividade administrativa tem de ser permeada pela concepção democrática,

que sujeita o administrador à fiscalização popular e à comprovação da realização democrática dos direitos fundamentais.

É indispensável ampliar o instrumental de controle democrático, indo muito além dos institutos do direito de informação e do direito de petição. É imperiosa instituir autoridades políticas e administrativas independentes, que sejam investidas de garantias contra os ocupantes do poder e que disponham de competência para fiscalizar a conduta de qualquer exercente de poder estatal. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 1200).

Verifica-se, portanto, que muito ainda precisa ser feito para que os mecanismos de controle social sejam efetivos. Não obstante, é inegável que a sociedade exerce, no atual modelo de gestão administrativa, papel de suma importância. O gestor precisa estar ciente de que a transparência deve nortear as suas ações, ao mesmo tempo em que a sociedade deve se conscientizar do seu importante papel no que tange a gestão da coisa pública.

A Administração Pública, seja ela direta, indireta ou fundacional, está sujeita a controle. Existem diferentes tipos e formas de controle da atividade administrativa, sendo que, nas palavras de Meirelles (2016, p. 698), “variam segundo o Poder, órgão ou autoridade que o exercita ou o fundamento, o modo e o momento de sua efetivação”. Mas, independentemente da modalidade, o controle alcança todos os entes federados, ou seja, todas as esferas do Estado.

Alexandrino e Paulo (2017, p. 884-885), ao analisar o tema controle administrativo, o define como instrumentos disponibilizados pelo ordenamento jurídico para que a própria Administração Pública, sem prejuízo dos Poderes Judiciário e Legislativo, de forma direta ou através de órgãos especializados, possa exercer a atividade fiscalizatória, de orientação e revisão dos atos administrativos, em todos os níveis da Federação (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) e em todos os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Nesse sentido, é a mais ampla forma de sindicância dos atos praticados pela Administração Pública, alcançando, também, as omissões, motivo pelo qual os autores supracitados destacam tratar-se de um poder-dever efetuado por todos os Poderes (ALEXANDRINO; PAULO, 2017).

Desta feita, o controle da Administração Pública é o poder de fiscalização que, a fim de evitar abusos de poder, arbítrios cometidos pelo Estado (seja em qualquer esfera) e controlar suas finanças, a atuação dos administradores e responsáveis por bens e valores

públicos e líderes políticos, entre outros fatores, exercem os Três Poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário) entre si próprios.

Destarte, percebe-se que o controle apresenta-se como uma forma de limitação da discricionariedade administrativa, ou seja, é ponto culminante do instituto no Estado Democrático de Direito. Desse modo, para que não haja o abuso ou a arbitrariedade do administrador, é que estão previstos na Constituição Federal de 1988 os limites da liberdade de atuação do administrador público, sob a ótica dos princípios implícitos e explícitos, que regem a Administração Pública, em especial o da moralidade.

5. CONCLUSÃO

Buscou-se, ao longo do artigo, refletir sobre a importância da participação da sociedade civil na gestão da coisa pública. Assim, pautou-se na averiguação dos principais meios de participação da sociedade na Administração Pública e, conseqüentemente, o exercício do controle externo.

Viu-se que a Administração Pública passou por uma significativa evolução, deixando de ser pautada na alta burocracia, para buscar mecanismos que assegurem o bem-estar coletivo. Assim, a importância dos princípios constitucionais expressos, norteadores da Administração Pública, consagrados no *caput* do art. 37 da Constituição da República de 1988, quais sejam, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, com ênfase neste último, introduzido no texto constitucional por força da Emenda Constitucional nº 19/1998.

Constatou-se que os princípios são de suma importância, e que devem nortear a atividade do administrador público da Administração Pública Direta e Indireta, de todos os níveis da Federação - União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e que funcionam, na verdade, com uma espécie de controle da função administrativa. Assim, a atividade do administrador público deve pautar-se no princípio da legalidade, de modo que somente poderá realizar aquilo que se encontra expressamente autorizado em lei.

Ainda, é a Administração Pública norteadora pelo princípio da impessoalidade, o que visa obstar, em linhas gerais, quaisquer formas de discriminação, e pode ser concebido como a consagração da isonomia no âmbito administrativo.

No que toca o princípio da moralidade, constatou-se que se encontra intrinsecamente arraigada à noção de probidade, preconizando a responsabilidade daquele que agir em desconformidade com os ditames éticos e morais.

Nesse cenário, os atos administrativos, que são os meios pelos quais a Administração Pública atua sempre em consonância com o princípio da legalidade, princípio este que, no âmbito da Administração, aparece um pouco diferente se

comparado com o particular, porque enquanto este pode fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração Pública somente pode realizar atos segundo o que está estabelecido na lei.

Portanto, embora o gestor público ter ampla liberdade para executar seus atos administrativos discricionários, não significa que esses atos não sejam passíveis de controle, principalmente porque a atuação do gestor público deve sempre pautar-se no interesse coletivo e no bem-estar da coletividade.

Constatou-se que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta inúmeros instrumentos para a participação da sociedade na gestão da coisa pública, seja na CRFB/88, como o direito de informação, seja na legislação infraconstitucional, como a lei da transparência.

Não obstante, ainda é comum a análise apenas das formas tradicionais de controle da Administração Pública, centrando-se naquele realizado no âmbito interno, ou seja, pelo próprio poder que editou ou praticou determinado ato, seja no âmbito externo, como o controle de contas públicas exercida pelo Tribunal de Contas.

O controle social, portanto, ainda não é visto como efetivo instrumento de controle da Administração Pública, embora vários instrumentos, como a Observatório Social do Brasil, por exemplo, venham demonstrando a preocupação de se assegurar efetiva participação da sociedade na Administração Pública.

De fato, muito ainda precisa ser feito para fomentar o controle social, seja ampliando os mecanismos, seja fomentando a educação para que os indivíduos se conscientizem do seu papel na Administração Pública, e reconheçam que uma efetiva fiscalização exigirá que as informações sejam acessíveis, que haja transparência na gestão pública com dados de fácil acesso e compreensíveis aos cidadãos, que o gestor esteja pautado cada vez mais na busca do bem-estar dos administrados, que não desvie sua conduta da moralidade jurídica.

Destarte, conclui-se que o controle social existe e é talvez o mais importante. Contudo, a sociedade civil em geral ainda participa pouco da vida pública, pois há uma errônea concepção de que Administração Pública e sociedade estão dissociadas, resquício da gestão burocrática que perdurou por décadas. Há, portanto, a necessidade de se aproximar a gestão da coisa pública da sociedade e, conseqüentemente, fomentar formas de participação e controle social.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 25. ed. São Paulo: Método, 2017.

BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública. **Revista de Investigações Constitucionais**. São Paulo. v. 2, p. 293-311, 2019.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. (Constituição de 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 maio 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MEZZAROBBA, Orides; PEREIRA, Paulo Ricardo Maroso. Controle social e o paradigma da Administração Pública digital no Brasil. **Digital Law**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 55-77, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Forense, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

PEREIRA, Paulo Ricardo Maroso; DA SILVA, José Sérgio; MEZZAROBBA, Orides. O direito de reclamação do usuário de serviços públicos na Lei nº 13.460/2017: instrumento de efetivação do controle social da administração pública. **Revista de Direito Brasileira**. Florianópolis. v. 27, n. 10, p. 51-69, 2021.

RESTREPO, Marcos Masenello. O projeto de lei anticorrupção: Anexo Biblioteca Informa. **Pinheiro Neto Advogados**, n. 2.262, p. 7-13, jul. 2013. Disponível em: <http://www.pinheironeto.com.br/arquivos/publicacoes/Anexo%20BI%202.262.PDF>. Acesso em: 12 maio 2022.

SABIONI, Marjorie; FERREIRA, Marco Aurélio Marques; REIS, Anderson de Oliveira. Racionalidades na motivação para a participação cidadã no controle social: uma experiência local brasileira. **Cadernos EBAPE. BR**, Rio de Janeiro. v. 16, p. 81-100, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

TAVARES, Paulino Varela; ROMÃO, Ana Lúcia. Accountability e a Importância do Controle Social na administração Pública: Uma Análise Qualitativa. **Brazilian Journal of Business**. Lisboa/Portugal. v. 3, n. 1, p. 236-254, 2021.

A evolução dos sistemas processuais eletrônicos e o histórico de sua implementação no cenário jurídico brasileiro

MARCOS TADEU BERNARDES GUARDIERO AZEVEDO:
Bacharelado em Direito pela Universidade de Gurupi –
UnirG.

LEONARDO GUIMARÃES TORRES¹⁶⁵

(orientador)

RESUMO: A implementação dos sistemas processuais eletrônicos no meio judiciário brasileiro mudou drasticamente a forma como aqueles inseridos nesse meio lidam com movimentações de autos. No entanto, é necessário lembrar que a implementação dos sistemas processuais eletrônicos com os quais muitos estão acostumados não ocorreu de forma rápida, sendo necessárias diversas implementações legislativas para que se chegasse à situação que se conhece hoje. O objetivo desta pesquisa foi apresentar o caminho histórico que levou à implementação dos sistemas processuais eletrônicos que são conhecidos e utilizados hoje no meio jurídico brasileiro, algumas de suas características e reflexos de sua utilização pelas entidades jurídicas nacionais e advogados quando no que diz respeito a aspectos de acesso à justiça e tramitação mais rápida e eficaz dos autos. Na metodologia, tratou-se de uma revisão bibliográfica, por meio de livros e periódicos, para melhor descrever, argumentar e delinear os objetivos da pesquisa. Nos resultados, ficou claro que não mais sendo necessário o uso de papel bem como a apresentação de documentos originais nos autos, a velocidade com a qual processos podem ser movimentados aumentou significativamente, contribuindo para a celeridade dos atos processuais e a resolução de causas de maneira mais eficiente.

Palavras-chave: Tecnologia jurídica. Sistema Processual. Implementação. Impacto.

ABSTRACT: The implementation of electronic procedural systems in the Brazilian judiciary has drastically changed the way those inserted in this environment deal with case movements. However, it is necessary to remember that the implementation of electronic procedural systems with which many are accustomed did not occur quickly, requiring several legislative implementations to reach the situation that is known today. The objective of this research was to present the historical path that led to the implementation of electronic procedural systems that are known and used today in the Brazilian legal environment, some of their characteristics and reflexes of their use by national legal entities and lawyers when it comes to aspects access to justice and faster and more efficient processing of cases. In terms of methodology, it was a bibliographic review, through books

¹⁶⁵ Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

and periodicals, to better describe, argue and outline the research objectives. In the results, it was clear that the use of paper and the presentation of original documents in the case are no longer necessary, the speed with which processes can be moved has increased significantly, contributing to the speed of procedural acts and the resolution of causes in a more efficient way. more efficient.

Keywords: Legal technology. Procedural System. Implementation. Impact.

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução tecnológica no Direito: Aspectos gerais. 3. Sistema processual brasileiro: realidade fática. 4. Sistemas processuais eletrônicos a serviço da Justiça mais célere. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Um dos princípios que se se faz presente em todas as esferas do judiciário brasileiro é o princípio da celeridade dos atos processuais. A tramitação do processo deve se dar da forma mais rápida e eficiente o possível, afim de que as partes litigantes obtenham o resultado dentro tempo hábil esperado para tal. Para tanto, se faz necessário que quaisquer provas trazidas aos autos sejam apresentadas e analisadas em tempo hábil para proporcionar o deslinde da lide.

Ao se falar em processo no cotidiano atual é comum se pensar nos inúmeros sistemas processuais eletrônicos que são utilizados em diversas esferas do poder judiciário e que contribuíram para o melhor e mais rápido curso do mesmo. Por meio destes, a juntada de documentos pertinentes à lide pode ser feita de forma imediata, sem necessidade da apresentação dos originais nos autos, além de tornar a apreciação e análise pelos magistrados mais eficiente, contribuindo com o curso das ações (TEIXEIRA, 2018).

Considerando tais fatos, não é possível deixar de se questionar: Como começou esse processo de modernização? Quais foram os passos dados e legislações criadas afim de que se chegasse no atual patamar tecnológico? Qual o atual estado em que se encontram os sistemas processuais eletrônicos utilizados no território nacional? Assim, pretendeu-se com esse estudo demonstrar como essa evolução ocorreu e expor pontos que contribuíram para aspectos de celeridade processual, dentre estes a não necessidade de apresentação de documentos de forma física e a mais rápida possibilidade de apreciação pelo magistrado.

Para a realização dessa pesquisa, realizou uma revisão da literatura, com base na Legislação brasileira, artigos científicos, livros e periódicos. A coleta de dados se deu na base de dados como Google Acadêmico e Scielo, nos meses de setembro e outubro de 2022.

2. EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA NO DIREITO: ASPECTOS GERAIS

Para discutir o tema central desse estudo, é preciso fazer um recorde histórico sobre o avanço da tecnologia na sociedade e conseqüentemente no cenário jurídico.

O uso de sistemas informatizados e diversas tecnologias é algo que está profundamente associado ao cenário jurídico nacional. Para Arnoud (2014) “o processo judicial eletrônico vem para revolucionar a prestação do serviço judiciário brasileiro”.

É necessário ter em mente, no entanto, que as diversas facilidades contemporâneas proporcionadas pela tecnologia necessitaram de um longo período de implementação e adaptação, além de diversas leis e instruções normativas vindas de diversos órgãos do poder judiciário que eventualmente fariam com que a esfera jurídica nacional chegasse ao patamar de integração digital presente na atualidade.

Desde meados dos anos 80 e 90, mediante o surgimento dos primeiros computadores, a possibilidade de citações e envio de documentos por meio de fax e até mesmo a implementação de assinaturas e certificações digitais no início dos anos 2000.

Cabe lembrar que o funcionamento da Justiça brasileira em tempos remotos era pautado no documento cartular (folha de papel), ao qual era o único meio de prova dos atos jurídicos exercidos ao longo do processo, especialmente aos atos em que a lei exigia serem escritos (NUNES, 2015).

Com o surgimento da tecnologia em meados dos anos 70 em diante, o Direito brasileiro aos poucos foi se adaptando a essa nova realidade. A legislação brasileira ajuda muito a entender esse processo evolutivo, uma vez que foi por meio de leis que a digitalização dos processos pôde ser efetivada em solo pátrio.

O primeiro ordenamento jurídico que trouxe a nova realidade a esse cenário foi a Medida Provisória 2.200-2 de 24 de agosto de 2001. Ao explicar sobre a finalidade dessa norma, cita-se:

A Lei 2.200/2001 instituiu a Infra-Estrutura de Chave Públicas Brasileira – ICP – Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica. Agora, por força desse novo regramento, para efeito de manifestação da vontade, a folha de papel (cártula), foi equiparada ao meio virtual e a assinatura, antes aposta de forma manuscrita, pode ser lançada, com idêntico valor jurídico, digitalmente. Na realidade, a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira, que possibilita a utilização de assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, teve origem no Decreto 3.587

de 2000, que institui o sistema de chaves públicas no âmbito do Poder Executivo (DONIZETTI, 2009, p. 41).

No que tange ao aspecto processual, o início da informatização se deu com a Lei 9.800/1999 (Lei do Fax), que autorizou o envio de petições por fac-símile, desde que as originais fossem entregues em cinco dias, sob pena de litigância de má-fé em caso de não concordância entre o remetido por fax e o original entregue em juízo (NUNES, 2015).

De acordo com Clementino (2017) o objetivo era de modernizar o sistema processual brasileiro, conquanto, só gerou o uso de mais papel, sem qualquer benefício no sentido de agilizar os processos em tramitação.

De fato, a modernização do processo só foi alcançada com a Lei 10.259/2001, que originou os Juizados Especiais Federais, tendo em vista que:

[...] facultou aos tribunais organizar serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico; estabeleceu que a reunião de juízes integrantes da Turma de Uniformização jurisprudencial, quando domiciliados em cidades diversas, devesse ser feita pela via eletrônica; e previu a criação de programas de informática necessários para subsidiar a instrução das causas submetidas aos Juizados, bem como a realização de cursos de aperfeiçoamento destinados aos seus magistrados e servidores (arts.8º, § 2º, 14,§ 3º e 24). Como se sabe, os TRF's desenvolveram o programa denominado e-processo (e-Proc), o que, afóra outros benefícios, redundou em grande economia de papel (DONIZETTI, 2009, p. 42).

Almeida Filho (2012) cita que uma das primeiras experiências com o processo eletrônico no Brasil ocorre com a criação do sistema E-Proc em 2003, pelo Tribunal Regional Federal da 4º região. Segundo esse autor, foi um verdadeiro avanço no sentido de trazer as tecnologias que estavam surgindo como ferramenta para agilizar os processos.

A partir de 2006, com o advento da Lei nº 11.419/06 fica instituído o processo eletrônico em todo o território nacional, fazendo com que seja dado início à uma série de medidas que proporcionariam a informatização dos tribunais brasileiros, vez que os mesmos necessitaram se adaptar à nova realidade do mundo tecnológico.

Após, foi editada a Lei 11.382/2006, que modificou os dispositivos do CPC referentes ao processo de execução de títulos extrajudiciais, originando a penhora online (artigo 655-A do Código de Processo Civil) e o leilão on-line (artigo 689-A do Código de Processo Civil).

Desta forma, com o advento da constante evolução tecnológica e a implementação pelos órgãos do sistema judiciário de ferramentas informatizadas chegou-se ao atual patamar de informatização dos diversos setores do poder judiciário nacional, o que proporcional maior celeridade aos atos praticados pelos diversos indivíduos que atuam no meio jurídico (NUNES, 2015).

Feitosa (2018, p. 02) afirma que o direito processual não pode retroceder, tem de acompanhar a evolução social e tecnológica, “adequando-se aos recursos informatizados que lhe são proporcionados, utilizando-os de forma benéfica à solução da morosidade processual, bem como, de maneira a economizar recursos públicos, sejam eles materiais ou humanos”.

3. SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO: REALIDADE FÁTICA

Nas últimas décadas o Poder Judiciário vem sendo cometido por inúmeros problemas. Processos atolados, estrutura excessivamente burocrática, morosidade na resolução dos litígios, alto custo do sistema judicial, dentre outros vários fatores, tem resultado em um Poder Judiciário pouco eficaz (ROMAN, 2020).

A título de exemplo, o Poder Judiciário brasileiro — proporcionalmente, é considerado o mais caro do mundo ocidental. No ano de 2019, essa estrutura teve um custo de R\$ 49,9 bilhões. É o mesmo que R\$ 134,2 milhões por dia, ou R\$ 5,5 milhões por hora, ou ainda R\$ 93,2 mil por minuto (COSTA, 2020).

No entanto, a par desses problemas um se destaca: o crescente número de processos no Judiciário. Seja por uma briga de rua ou apenas por uma ‘ofensa’ irrelevante, o Poder Judiciário tem sido palco de numerosos processos ao longo do ano. Por conta disso, há uma superlotação de processos no Poder Judiciário.

Atualmente, o cenário do Poder Judiciário é formado por inúmeros processos que ainda não possuem previsão de julgamento. Em razão do volume de demandas propostas perante o Judiciário, que são muitas, e por não dar conta da exigência, o sistema tornou-se moroso, resultando na ineficácia da justiça e em prejuízo ao indivíduo que se utiliza do serviço prestado (QUEIROGA, 2012).

De acordo com Costa (2020) tramitam no Judiciário aproximadamente 100 milhões de processos. Segundo ele, muito em parte desse número é por conta de processos irrelevantes, ou seja, de pouco potencial ofensivo. Em suas palavras, “minorias que perdem no Legislativo estão levando para a Justiça questões políticas. Isso acaba por encarecer os custos e torna o Judiciário moroso. É preciso diminuir os recursos que acabam ampliando o prazo do processo e também o número de funcionários” (COSTA, 2020, p. 01).

Ao comentar essa realidade, Oliveira e Cunha (2020, p. 01) aduzem que “a imagem trazida pelas pesquisas mostra um Judiciário lento, caro e congestionado, ainda que se encontre uma boa produtividade dos juízes. No entanto, a litigiosidade ainda cresce”.

Por conta de lentidão do Judiciário, é evidente que a sua imagem pública também acabasse sofrendo o impacto. Pesquisas de opinião com a população tem evidenciado que o Poder Judiciário tem tido uma imagem negativa, em razão pela demora nas decisões e na morosidade dos processos. A título de exemplo, em um Sumário Executivo divulgado em 2019 ao qual mostram índices a respeito da credibilidade do Judiciário pátrio perante a sociedade, alertou para o fato de que o Judiciário possui uma imagem atrelada a demora nas decisões e na enorme burocracia. Essa ideia sobre o presente Tribunal faz com que muitos cidadãos evitem de recorrer à Justiça e criem uma concepção negativa sobre o mesmo (IPESPE, 2019).

Ainda na mesma pesquisa, ficou evidente observar que os sentimentos negativos mais comum sobre o Judiciário no Brasil são: tristeza (13%), indignação (12%), vergonha (11%) e medo (6%). Em relação aos sentimentos positivos, a esperança é o mais comum, com 12% das menções (IPESPE, 2019).

Pesquisas também buscaram compreender a opinião pública a respeito da funcionalidade da Justiça. Nesse aspecto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) através da pesquisa “*Justiça em Números*” lançada em 2019, apontou que 54% das pessoas consideram que funciona mal ou muito mal, contra 37% que avaliam bem ou muito bem. A visão crítica do funcionamento da Justiça entre advogados se assemelha à sociedade (59%), ao passo que a avaliação se inverte entre os defensores públicos: 52% avaliam favoravelmente (CNJ, 2019).

Com esses dados preliminares, fica claro constatar que o Poder Judiciário brasileiro sofre um verdadeiro descrédito frente a comunidade. Devido a uma má gestão e operacionalidade, a sociedade como um todo não confia plenamente na Justiça.

Com base nesse quadro alarmante, a Justiça brasileira vem buscando mudar essa realidade. Algumas medidas tem sido implantadas em todos os departamentos jurídicos a fim de trazer maior agilidade e celeridade aos processos e aos serviços jurídicos.

Inicia-se essa mudança mais significativa no ano de 2010 quando uma comissão de juristas entregou ao Senado Federal o anteprojeto de um Novo Código de Processo Civil, que tinha como meta evidenciar o uso mais acentuado da simplicidade na linguagem e da ação processual, e uma maior celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação (BRASIL, 2010).

Como resultado, em 2016 entrou em vigor a Lei nº 13.105 que instituiu o Novo Código de Processo Civil (CPC/2015), onde foi possível notar uma importante evolução na realização de uma justiça mais eficaz. Por meio dessa norma, medidas de solução de conflitos foram promulgadas a fim de conceder maior competência ao Poder Judiciário e aos demais cargos na área jurídica.

Sobre essas mudanças, que tem como base a tecnologia, apresenta-se o tópico seguinte.

4. SISTEMAS PROCESSUAIS ELETRÔNICOS A SERVIÇO DA JUSTIÇA MAIS CÉLERE

Como conferido no primeiro tópico a tecnologia trouxe significativa mudança na sociedade. Nos dias atuais é quase impossível verificar um indivíduo que não tenha direta ou indiretamente a vida modificada por algum aparato tecnológico. Para além do impacto na tecnologia na sociedade, ela também se adentrou (como deve ser) no âmbito jurídico.

No tópico seguinte, contudo, foi possível conferir que o Poder Judiciário ainda sofre com uma imagem negativa. Muito disso, como mostrado nas pesquisas citadas, se deve pelo fato de que há uma morosidade no andamento dos processos e nas decisões proferidas.

Juntando a realidade tecnológica com o problema encontrado na área judicial, é possível notar uma solução ao problema. Em outras palavras: a tecnologia tem ao longo das últimas décadas modificando a maneira como o cenário jurídico tem sido efetivado (TEIXEIRA, 2018).

Nos dias atuais, a tecnologia tem sido implantada em diversas áreas do Direito. Seja pelos magistrados, oficiais de justiça, promotores, advogados, etc., todos de algum modo hoje trabalham com aparatos tecnológicos. Essa realidade também é encontrada no sistema processual, que atualmente é totalmente voltado para os serviços online (TEIXEIRA, 2018).

Oliveira e Sousa (2021) entendem que o Direito Processual é de fundamental importância para o cenário sócio-político da sociedade atual. Visando, por meio de seus mecanismos, a pacificação de lides entregues ao Estado, que impõe sua vontade através da atividade jurisdicional. Trata-se, desta forma, o processo judicial, de uma série de atos sucessivos rumo a uma sentença, mediante disposições ordenadas de atos estipulados anteriormente em lei, com a finalidade de pacificação social dos conflitos, aplicando-se o Direito ao caso concreto.

Nesse sentido, o processo eletrônico:

[...] aparece como mais um instrumento à disposição do sistema judiciário, provocando um desafogo, diante da possibilidade de maior agilidade na comunicação dos atos processuais e de todo procedimento. Possível será, ao menos em tese, que se identifiquem, no processo eletrônico, os denominados pontos-mortos e os gargalos processuais. Contudo, processo eletrônico deve ser precedido de toda a segurança e cautela e não se pode admitir de uma panacéia para os males do Judiciário. Trata-se de mais um instrumento colocado à disposição dos jurisdicionados, a fim de terem garantia de acesso à justiça – eficaz e célere (ALMEIDA FILHO, 2012, p. 99).

Capelari Junior e Freitas (2021) acentuam que o processo eletrônico é um instrumento que serve a outro instrumento, que é o processo. E como instrumento que é, deve ser útil, trazendo avanços na realidade fática, não sendo aplicado tendo em vista, somente, modismos ou aparências de modernidade.

Farias (2020) por sua vez, explica que a finalidade do processo eletrônico é, sem dúvidas, propiciar uma melhor prestação jurisdicional, mais célere, eficaz e segura, na medida em que os atos processuais são praticados, comunicados, armazenados e disponibilizados em meio eletrônico.

A lei brasileiro por meio da Lei nº 11.419/2006, faculta aos Tribunais a adoção de mecanismos eletrônicos de prestação jurisdicional, aplicáveis aos processos cíveis, penais, trabalhistas, bem como em juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição (BRASIL, 2006).

Ainda que a norma jurídica brasileira não tenha trazido o conceito de documento eletrônico, a doutrina desenvolveu o seu conceito. Nos dizeres de Souza et al. (2020) o documento eletrônico é aquele gerado e mantido em sua forma original, eletrônica, sem necessidade de ser impresso em papel ou assinado de forma manuscrita para ter valor. Não existindo assinatura escrita, o arquivo eletrônico é assinado digitalmente.

No artigo 1º, § 2º, inciso III da Lei nº 11.419/2006, são elencados os requisitos para a transmissão eletrônica de peças processuais. Na alínea “a”, depreende-se que usuário deverá adquirir um certificado digital, emitido por uma Autoridade Certificadora credenciada. Importante, neste momento, destacar o significado de “certificado digital”.

Farias (2020) explica que este é um arquivo de computador que identifica um usuário. É comparável a uma carteira de identidade eletrônica, contendo informações pessoais do usuário, sendo que sua principal informação é sua chave pública. Alguns

softwares utilizam esse arquivo para comprovar uma determinada identidade para outra pessoa ou computador.

Pegoraro Júnior (2018) acrescenta que o certificado digital é uma declaração feita em meio eletrônico, em formato padrão internacional, que atribui a alguém uma chave pública, que serve para conferir uma assinatura digital. A chave pública é um número, já o certificado digital é um arquivo eletrônico que relaciona este número com a identidade de alguém.

Um certificado digital normalmente contém as seguintes informações: a chave pública; o nome e endereço de e-mail do proprietário; a data de validade da chave pública; o nome da autoridade certificadora que emitiu o Certificado Digital; o número de série do Certificado Digital e a assinatura digital da autoridade certificadora (BRAGANÇA; ANDRADE, 2021).

O segundo capítulo da Lei 11.419/2006 apresenta procedimentos capazes de tornar o processo eletrônico mais célere frente ao processo físico. Trata da comunicação eletrônica de atos processuais através de Diário da Justiça Eletrônico, e-mail ou acesso direto ao portal próprio do tribunal.

Para Almeida Filho (2012, p.257) "a nossa cultura política foi aprimorada. A cultura judiciária deixou de lado o anacronismo e passou a admitir, sim, relevante a informação prestada pelos Tribunais nas páginas da Internet".

O artigo 4º faculta aos Tribunais a criação de um Diário da Justiça eletrônico. Esse recurso é utilizado comumente por vários órgãos, alguns com assinatura, outros gratuitamente (BRASIL, 2006).

Já o artigo 8º faculta aos Tribunais desenvolverem seus próprios sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais, parcial ou integralmente digital ou digitalizada, acessíveis por meio da Internet ou Intranet, com certificação digital para atribuir validade e autenticidade aos documentos (BRASIL, 2006).

Com isso, a Lei visa descongestionar os cartórios. Segundo Mallmann (2016) a ideia de um Processo Eletrônico é a agilidade, com segurança. O desafogo do Judiciário, inclusive com a diminuição das conhecidas filas nos cartórios. As cópias dos autos em cartório servem de subsídio para a análise dos autos obtidos pela Internet.

Frente a essas informações gerais sobre a digitalização dos processos judiciais, a doutrina jurídica se posiciona majoritariamente no sentido de que é amplamente benéfica o uso da tecnologia no âmbito do Poder Judiciário.

Ribeiro e Wanderley (2019) se posicionam no sentido de que quando se trata de informatização do processo, o objetivo, em verdade, não é de criar um novo processo judicial, mas tão somente informatizá-lo para diminuir a burocracia processual.

Para Folle e Sheleder (2014) a informatização do processo é pautada em uma reformulação das rotinas processuais, aperfeiçoando-as em sincronia com as tecnologias atuais, valendo-se da desmaterialização dos atos processuais e a racionalização dos procedimentos, capaz de gerar uma otimização da prestação jurisdicional e dos serviços judiciários, a partir do abandono de formalidades arcaicas na tramitação do processo.

Gonçalves (2016) por sua vez, entende que um ponto positivo é a facilidade que o processo é movimentado, tendo em vista não ser mais necessário se fazer carga dos autos, inclusive no que diz respeito à remessa dos autos, que é realizada em poucos instantes. Além disso, a juntada de petições e outros documentos é mais fácil e rápida, pois não é mais necessário numerar páginas, otimizando o serviço dos cartórios.

Um ponto muito criticado nas pesquisas apontada nos tópicos anteriores era em relação à dificuldade de acesso à Justiça. Nesse sentido, com a expansão dos processos eletrônicos, Rocha Neto (2015) explica que além do combate à morosidade, o processo eletrônico facilita o acesso ao Poder Judiciário, que encontra disponível à todos interessados. Ainda, o magistrado ou servidor que quiser trabalhar em horário fora do expediente poderá fazê-lo, basta que tenha acesso à rede. O horário, portanto, não é mais um limite à produtividade.

Por fim, a virtualização do processo representa diminuição nos gastos para o Judiciário. Embora seja necessário um alto investimento inicial em infraestrutura de informática, a redução dos custos com, por exemplo, Recursos Humanos, em longo prazo ainda se apresenta mais vantajosa do que manter o antigo processo cartular (BRAGANÇA; ANDRADE, 2021).

Desta feita, percebe-se que implementação de um processo representou uma revolução no sistema processual brasileiro, que, apesar de trazer inúmeros benefícios no que tange à prestação jurisdicional mais célere, também apresenta as desvantagens inerentes a um sistema informatizado de justiça.

Nesse aspecto, Zelinski (2021) menciona que um dos principais problemas nesse tema, é a existência indivíduos que não possuem equipamentos necessários para a verificação dos processos, bem como pelo fato de muitos não estarem totalmente familiarizados com as atuais tecnologias.

Nesse ponto, menciona-se:

[...] uma das questões que envolvem a efetividade do Processo Judicial Eletrônico reside em se indagar da possibilidade jurídica de se estabelecer a obrigatoriedade de adoção de Endereço Eletrônico. A diversidade de capacidade econômica do público a ser atingido impõe certas dificuldades. Nas relações de direito privado entre pessoas físicas, a utilização de tais recursos fica limitada pelo fato de a imensa maioria da população brasileira não ter computador. Além disso, dentre os que o tem, uma grande parte não dispõe de acesso à internet. A hipossuficiência econômica é um fator que atualmente determina a inacessibilidade aos computadores e, conseqüentemente, à Internet. É o que hoje se convencionou chamar de 'exclusão digital'. Mesmo entre os que têm acesso à internet, boa parte não tem o necessário domínio do seu uso e conteúdo. [...] O êxito na implantação do Processo Judicial Eletrônico está diretamente associado a políticas públicas de inclusão social/digital, para que esta não se torne uma via de uso exclusivo das classes economicamente mais favorecidas da população, criando-se uma duplicidade de Justiça: a dos ricos (informatizada e, conseqüentemente, mais rápida) e a dos pobres (tradicionalmente mais lenta), maculando de vez o Princípio em discussão (CLEMENTINO, 2017, p.136-8).

Com base nesse cenário social, fica evidente observar que o Poder Público, desta forma, deverá investir também em inclusão digital. Somente com a inclusão é que os processos digitais e o funcionamento processual poderá ser igualitário e eficaz socialmente.

De todo modo, é majoritário o entendimento de que o sistema processual eletrônico trouxe inúmeras vantagens, conforme elencadas acima. Com os problemas apresentados no decorrer desse estudo, entende-se que o Direito brasileiro não tem se ausentado em buscar medidas de melhoria do seu sistema jurídico. Ações como as apresentadas aqui, mostram que o Poder Judiciário caminha lado a lado com o progresso tecnológico, acompanhando as invenções e avanços nessa área, e trazendo-as para seu cenário, a fim de gerar benefícios a todos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parte indispensável de qualquer ação judicial interposta em qualquer esfera jurídica é a produção de provas e em algum momento, alguma delas será apresentada de forma documental. Não só isso, é necessário lembrar que antes dos diversos adventos tecnológicos que são comuns na atualidade, todas as movimentações processuais eram feitas utilizando-se de meios físicos, o que fazia com que os autos manejados por

advogados e agentes do poder judiciário ficassem cada vez mais volumosos com o passar do tempo e conforme mais informações fossem adicionadas aos mesmos.

Desta forma, frente aos gradativos avanços tecnológicos que chegavam ao território nacional é possível perguntar como o judiciário brasileiro passou a utilizar tais ferramentas tecnológicas afim de garantir o melhor deslinde de processos ao longo dos anos?

No decorrer dessa pesquisa ficou evidente constatar que algumas das primeiras inovações verificadas no contexto de implementações tecnológicas no sistema judiciário nacional datam de meados dos anos 80, quando surgem os primeiros computadores de uso doméstico. Isso faz com que integrantes do judiciário voltem sua atenção para tais adventos tecnológicos, cogitando formas de implementar as novas tecnologias no cenário jurídico nacional de forma a facilitar o tramite processual.

Frente a diversas mudanças culturais e à constante evolução tecnológica chegou-se ao patamar atual, no qual a tramitação de processos ocorre de forma totalmente eletrônica, tornando as lides mais céleres e possibilitando a apreciação do resultado das mesmas de forma mais rápida e em tempo hábil.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico: a informatização Judicial no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARNOUD, Analu Neves Dias. **Do contexto histórico do processo judicial eletrônico**. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31690/do-contextohistorico-do-processo-judicial-eletronico>>. Acesso em: 09 out. 2022.

BRAGANÇA, Fernanda; ANDRADE, Juliana Loss de. **Plataformas de solução de conflitos e sistema de justiça brasileiro pós Covid-19**. International Journal of Difgital Law (IJDL), v.2, n.1, edição especial suplementar, mar. 2021.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.800, de 26 de maio de 1999**. Permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19800.htm>. Acesso em: 12 out. 2022.

BRASIL. **Lei Federal 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm>. Acesso em: 12 out. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2022.

CAPELARI JUNIOR, Saulo Capelari; FREITAS, Renato Alexandre da Silva. **A revolução 4.0 enquanto catalisadora da transformação digital da administração pública brasileira**. International Journal of Digital Law (IJDL), v.2, n.1, edição especial, mar. 2021.

CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. **Processo judicial eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2017.

CONSELHO CIENTÍFICO DO INSTITUTO DE PESQUISAS SOCIAIS, POLÍTICAS E ECONÔMICAS (IPESPE). **Estudo da imagem do judiciário brasileiro**. 2019. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDODAIMAGEM.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2019 – Ano base 2018**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 01 out. 2022.

COSTA, Cristyan. **Saiba quanto custa o Poder Judiciário brasileiro**. 2020. Disponível em: <https://revistaoeste.com/saiba-quanto-custa-o-poder-judiciario-brasileiro/>. Acesso em: 08 out. 2022.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Prático de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FARIAS, James Magno Araújo. **Uso de meios eletrônicos pelo direito processual brasileiro durante a pandemia da COVID-19**. Revista De Ciências Jurídicas E Sociais - FIURJ, 1(1), 96–103; 2020.

FEITOSA, Ícaro Macêdo. **A origem do processo judicial eletrônico**. 2018. Disponível em: <<https://icaromacedo.jusbrasil.com.br/artigos/561219467/aorigem-do-processo-judicial-eletronico>>. Acesso em: 01 out. 2022.

FOLLE, Ana Júlia Ceconello; SHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. **As novas tecnologias e a uniformização do processo eletrônico: vantagem e desvantagens**. 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=e3998932e2e851de>>. Acesso em: 10 out. 2022.

GONÇALVES, Aidê Costa Bezerra. **A aplicação dos meios alternativos na solução de conflitos pelo poder Judiciário Brasileiro, com enfoque na Justiça do Trabalho.** Revista Âmbito Jurídico, v. 1, n.1, 2016.

MALLMANN, Felipe Hilgert. **O processo (penal) eletrônico e o acesso à justiça no Brasil.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociedade do Centro Universitário La Salle – UNILASALLE - Canoas, 2016.

NUNES, Daniele dos Reis. **O processo eletrônico: uma análise sobre as alterações no sistema processual brasileiro com o advento da Lei nº 11.419/2006.** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. São Mateus, 2015.

OLIVEIRA, Chaiene Meira de; SOUSA, Devilson da Rocha. **Autilização da tecnologia como forma de desburocratização dos serviços públicos: perspectivas e desafios à administração pública.** International Journal of Digital Law (IJDL), v.2, n.1, edição especial, mar. 2021.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. **Os indicadores sobre o Judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia.** Rev. direito GV, São Paulo, v. 16, n. 1, e1948, 2020.

PEGORARO JÚNIOR, Paulo Roberto. **O processo eletrônico e a evolução disruptiva do direito processual civil.** Dissertação entregue à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Porto Alegre, 2018.

QUEIROGA, Onaldo Rocha de. **Desjudicialização dos litígios.** Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

RIBEIRO, Grazielle Lopes; WANDERLEY, Kauã Pereira. A transformação da prática judiciária com a implantação do processo eletrônico. Revista Vertentes Do Direito, 6(2), 182–205; 2019.

ROCHA NETO, Paulo. **O Processo Judicial Eletrônico Brasileiro.** Dissertação de Mestrado em Engenharia Informática. Universidade Fernando Pessoa. Faculdade de Ciência e Tecnologia: Porto, 2015.

ROMAN, Luciana Oliveira Coimbra. **A crise do Poder Judiciário e o direito constitucional de acesso à justiça.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54258/a-crise-do-poder-judicirio-e-o-direito-constitucional-de-acesso-justia>>. Acesso em: 08 out. 2022.

SOUZA, Nívea Faria et al. **O sistema de processamento eletrônico da justiça federal da 2ª região e o direito fundamental de acesso do cidadão à justiça em tempos de pandemia.** Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, [S.l.], v. 24, n. 49, p. 198-214, out. 2020.

TEIXEIRA, T. **Curso de direito eletrônico e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática.** 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

ZELINSKI, Renata Brindaroli. **O paradigma do governo digital e a prestação de serviços públicos eletrônicos: reflexões sobre um necessário enfrentamento do analfabetismo digital e do impacto negativo das novas tecnologias no desenvolvimento sustentável.** International Journal of Digital Law (IJDL), v.2, n.1, edição especial, mar. 2021.

O ABANDONO AFETIVO INVERSO COMO CAUSA DE DESERDAÇÃO

CARLA BEATRIZ RODRIGUES FARIA BASTOS:

Graduanda curso de direito da Universidade Estadual do Tocantins.

NEIDE APARECIDA RIBEIRO¹⁶⁶

(coautora)

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo analisar o abandono afetivo inverso como uma possível causa de deserdação. O problema está centrado no abandono afetivo inverso, em que os filhos abandonam os pais na velhice, hipótese não prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Para alcançar o objetivo proposto, foi utilizada a metodologia exploratória com revisão da literatura e consulta à legislação e aos precedentes judiciais. Conclui-se que a longevidade das pessoas e o aumento da população idosa pode gerar aumento dos casos de abandono que não implicam em deserdação. Ressalta-se que a ausência de legislação específica que trate sobre a previsão de deserdação de filhos que desamparem os pais na velhice, dificulta que as medidas cabíveis sejam tomadas judicialmente.

Palavras-chave: Idoso; Abandono afetivo; Abandono afetivo inverso; Exclusão da sucessão; Deserdação.

ABSTRACT: This work aims to analyze inverse affective abandonment as a possible cause of disinheritance. The problem is centered on the inverse affective abandonment, in which children abandon their parents in old age, given that such a hypothesis is not foreseen in the Brazilian legal system. To achieve the proposed objective, a literature review was used, with a doctrinal, legislative and jurisprudential survey. It was concluded that in view of the increase in life expectancy in Brazil, the elderly population has been growing, and with it, cases of abandonment have increased. In this way, the institute of affective abandonment, especially in cases of disinheritance arising from it, must be analyzed by the authorities. It should be noted that the legislation in force alone is not sufficient for this purpose, since it is exhaustive and does not allow extensive interpretation.

Key-words: Old man; affective abandonment; Inverse affective abandonment; Exclusion from succession; Disinheritance.

1 INTRODUÇÃO

¹⁶⁶ Doutora em Educação (UCB). Mestre em Direito Público (UFG). Professora do Curso de Direito da UNITINS. *Email:* neide.ar@unitins.br.

O presente trabalho é uma proposta de estudo acerca da deserdação advinda do abandono afetivo inverso que consiste na inação de afeto e a falta de cuidado dos filhos para com os pais na velhice¹⁶⁷. A deserdação, de acordo com o Código Civil¹⁶⁸ (CC), é a exclusão de uma pessoa herdeira ou legatária, do seu direito sucessório.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a expectativa de vida da população brasileira aumentou significativamente. Dessa forma, com o crescimento da população idosa, a chance de haver o abandono dessas pessoas também aumenta. O abandono gera riscos físicos e psicológicos para quem sofre esse problema, além de conflitar com as normas existentes que tratam das obrigações dos filhos para com os pais na idade avançada. Vale destacar também que essas situações precisam ser cuidadosamente consideradas pelos profissionais do direito, uma vez que ainda existem casos em que os descendentes desamparam seus ascendentes durante a velhice, e após seu falecimento, por omissão legislativa, herdaram os frutos do esforço e trabalho destes.

Embora o Brasil tenha a Lei nº 10.741/03, conhecida como Estatuto do Idoso, que trata dos direitos das pessoas com mais de sessenta anos, não considera a destituição do herdeiro que descumprir o dever de ajudar seus pais e/ou ascendentes. Assim, sem respaldo legal, surge a seguinte questão: como ocorre a deserdação advinda do abandono afetivo inverso?

Para responder esta pergunta, este trabalho teve como objetivo geral analisar o abandono afetivo inverso como uma possível causa de deserdação.

Essa pesquisa se justifica, pois gera reflexão e debate acadêmico, confrontando teorias do conhecimento existente, que podem ser transformadas e aplicadas no âmbito jurídico. A partir desses precedentes e considerando o tratamento jurídico dado ao idoso, esse estudo se torna uma importante ferramenta para professores, estudantes e o público em geral, interessados em conhecer as nuances apresentadas pelo problema.

Foi empregada para a elaboração da presente pesquisa a metodologia exploratória, que segundo Antonio Carlos Gil, têm como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipótese, assumindo

167 ALVES, Jonas Figueirêdo. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Entrevista concedida ao sítio do IBDFAM. 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o> Acesso em: 15 ago. 2022.

168 BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 15 ago. 2022.

principalmente a forma de pesquisa bibliográfica ou estudo de caso¹⁶⁹. Dessa forma, o estudo pautou-se no levantamento bibliográfico doutrinário, jurisprudencial e legislativo brasileiro sobre o tema, reunidas por meio de pesquisa teórica e sites da *web*. Para seleção das publicações a serem incluídas na revisão, foi adotado como critério de inclusão estudos publicados em livros e na *internet* durante o período de 1988 a 2021.

2 O TRATAMENTO LEGAL CONFERIDO AO IDOSO

Para o filósofo e educador Mario Sérgio Cortella¹⁷⁰, ser idoso difere de ser uma pessoa velha, ser idoso é uma questão de idade física, mas a velhice, sendo uma degradação da vitalidade, pode ocorrer em qualquer idade. E, para o ministro Alexandre de Moraes, o reconhecimento àqueles que construíram com amor, trabalho e esperança a história de nosso país tem efeito multiplicador de cidadania, ensinando às novas gerações a importância de respeito permanente aos direitos fundamentais, desde o nascimento até a terceira idade¹⁷¹.

Na legislação brasileira vigente, consideram-se idosas as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, é o que estabelece o artigo 1º da Lei n.º 10.741 de outubro de 2003, instituída como o Estatuto do Idoso¹⁷², bem como o artigo 2º da Lei n.º 8.842 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a política nacional do idoso¹⁷³.

Além dos ordenamentos jurídicos citados acima, a base da proteção dos idosos está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de

169 GIL, A. C. (2002) Como elaborar projetos de pesquisa. 4ª. ed. São Paulo: Atlas S/A. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/150/o/Anexo_C1_como_elaborar_projeto_de_pesquisa_-_antonio_carlos_gil.pdf. Acesso em: 05 out. de 2022.

170 O BEM VIVER. **O que é ser idoso e ser velho**. 2020. Disponível em: <https://obemviver.blog.br/2020/12/25/o-que-e-ser-idoso-e-ser-velho-fique-atento-video/> Acesso em: 15 ago. 2022.

171 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 805.

172 BRASIL. **Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2003/lei-10741-1-outubro-2003-497511-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 15 ago. 2022.

173 BRASIL. **Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20pol%C3%ADtica%20nacional,Idoso%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.&text=Art.,e%20participa%C3%A7%C3%A3o%20efetiva%20na%20sociedade. Acesso em: 15 ago. 2022.

1988 (CRFB/88)174, que estabelece em seu primeiro artigo a dignidade da pessoa humana como fundamento basilar, princípio esse cujo ideal é garantir a vida digna a qualquer indivíduo. Nesse sentido, defende Paulo Roberto Barbosa:

Assegurar os direitos fundamentais das pessoas idosas é uma alternativa inteligente para a garantia dos direitos de todos os seres humanos. Todavia, fez-se observar que somente serão assegurados os direitos fundamentais aos idosos na medida em que aos seres que envelhecem seja garantido, durante a existência, o direito à dignidade.¹⁷⁵

Oportuno, ressalta-se que apesar do ordenamento jurídico não possuir uma definição específica para o conceito de dignidade da pessoa humana, alguns juristas conceituam de acordo com seu entendimento:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁷⁶

O princípio da dignidade da pessoa humana é a base de todo o ordenamento jurídico, e para Ana Paula de Barcellos, o princípio não decorre da ordem jurídica, sendo apenas incorporado posteriormente ao ordenamento. Vejamos:

A dignidade humana pode ser descrita como um fenômeno cuja existência é anterior e externa à ordem jurídica, havendo sido por ela

174 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 15 ago. 2022.

175 RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direito à velhice: A proteção Constitucional da Pessoa Idosa. In Os Novos Direitos no Brasil: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas, organizadores WOLKMAR, Antonio Carlos; e LEITE, José Rubens Morato, São Paulo: Saraiva, 2003, p.133.

176 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 52.

*incorporado. De forma bastante geral, trata-se da ideia que reconhece aos seres humanos um status diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica.*¹⁷⁷

Nesse sentido, pode-se afirmar que o ser humano permanecerá protegido por esse princípio, devendo ter seus direitos e garantias conservados em qualquer momento da vida, principalmente na “terceira idade”, fase em que as pessoas necessitam de maiores cuidados e proteção. Assim também entendem Neves, Loyola e Rosa, em sua obra comentada da Lei n.º 10.741/03:

Nessa linha de raciocínio, o envelhecimento não retira do indivíduo a sua dignidade; ao contrário, preserva o indivíduo todos os atributos inerentes à sua condição de ser humano, e faz surgir novas necessidades que devem ser suplementadas pelo Estado e pela sociedade de uma forma geral, visando à realização da dignidade do indivíduo idoso.¹⁷⁸

O Estatuto da pessoa idosa¹⁷⁹ ainda dispõe ser dever de todos assegurar aos idosos os direitos fundamentais previstos na CRFB/88¹⁸⁰, isto é, direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, entre outros, bem como evitar o processo de exclusão social desses indivíduos. Nas palavras de Wladimir Martinez, os idosos, vítimas do desrespeito por parte dos que os cercam, têm na Lei n. 10.741/03 um conjunto de medidas estatais para resguardá-los, providências de variada ordem que visam a resgatar-lhe o respeito e, principalmente, a viabilizar-lhe o exercício da cidadania¹⁸¹.

Ademais, a *Lex Mater*, mãe de todas as leis, em seu artigo 229 estabelece que “[...] os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”¹⁸². Ocorre que constantemente essa obrigação é violada principalmente pela família, parte essa que é

177 BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 32.

178 NEVES, Gustavo Bregalda; LOYOLA, Kheyder; ROSA, Emanuel. **Leis Especiais Comentadas para concurso: Estatuto do Idoso**. 1. ed. Editora Rideel, 2016, p.10.

179 BRASIL, 2003, *op. cit.*

180 BRASIL, 1988, *op. cit.*

181 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários ao Estatuto do Idoso*, 2. ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 14.

182 BRASIL, 1988, *op. cit.*

priorizada nos dispositivos legais quando se trata dos devidos cuidados à pessoa idosa, visto que possuem um papel fundamental no envelhecimento de seus entes.

Os idosos são ainda amparados por alguns princípios constitucionais que viabilizam a proteção e a integridade deles. O artigo 230 da Constituição Federal¹⁸³ trata dos princípios da ampla proteção, que estabelece o amparo da pessoa maior de 60 anos, garantindo ainda o princípio universal da dignidade da pessoa humana, impondo ao Estado, sociedade e à família o dever de assegurar o bem-estar e o desenvolvimento do idoso.

Além disso, o mesmo artigo em consonância com o artigo 5º, III, estabelece o princípio da dignidade, deliberando que com o envelhecimento, a pessoa não perde sua condição humana, devendo ainda ser amparada por todos os direitos e garantias que a assegurem uma vida digna.¹⁸⁴

Decorrente ainda do artigo 230, e de acordo com a Resolução nº 46/91, aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas, que institui os princípios aplicáveis aos idosos, o princípio da participação determina que o indivíduo idoso não deve sofrer exclusão de qualquer espécie, pelo contrário, deve permanecer integrado na sociedade, participando de projetos e serviços que lhe couberem¹⁸⁵.

A resolução estabelece ainda os princípios do amparo ou do cuidado e o princípio da independência. O primeiro considera-se a condição do idoso, haja vista que a consequência natural do envelhecimento é o indivíduo ficar restrito a algumas ações, dessa forma sendo amplamente importante o cuidado e o amparo para garantir uma vida íntegra e livre de sofrimento ao idoso. Já o segundo, garante o pleno exercício de seus direitos, excluindo a necessidade de qualquer assistência ou justificação, visto que a velhice não retira a possibilidade da pessoa em manifestar suas vontades¹⁸⁶.

3 O ABANDONO AFETIVO FRENTE À LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O art. 227, da Carta Magna, prevê que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ 1oGS 2011. Gerontologia Social - 1oGS2011: **Princípios das Nações Unidas para o Idoso**. Disponível em: <<http://gerontologiasocial-1gs2011.blogspot.com/2012/02/principios-das-nacoes-unidas-para-o.html>>. Acesso em: 4 out. 2022.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

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.¹⁸⁷

Apesar de ser um tema abordado no direito da família, cumpre informar que o instituto do abandono afetivo não é regido por lei específica, no entanto, é um assunto com grande relevância doutrinária e jurisprudencial.

O abandono afetivo é um comportamento omissivo de um ou de ambos os pais em relação aos filhos, no que se refere ao dever de cuidado, zelo e educação, pois esta tarefa deveria ser permeada de carinho, atenção e afeto, mas essas características não são encontradas nos casos em que ocorrem o abandono¹⁸⁸. Para Hironaka¹⁸⁹, o abandono afetivo não se trata apenas de falta de afeto, mas de ausência de cuidado, omissão ao educar, falha ao se fazer ausente na vida dos filhos.

A Oitava Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios manifestou sobre o tema da seguinte forma:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. DANO IN RE IPSA. 1. "A omissão é o pecado que com mais facilidade se comete, e com mais dificuldade se conhece, e o que facilmente se comete e dificilmente se conhece, raramente se emenda. A omissão é um pecado que se faz não fazendo." (Padre Antônio Vieira. Sermão da Primeira Domingo do Advento. Lisboa, Capela Real, 1650). 2. A omissão não significa a mera conduta negativa, a inatividade, a inércia, o simples não-fazer, mas, sim, o não fazer o que a lei determina. *Omissis*. 6. Não se pode exigir, judicialmente, desde os primeiros sinais do abandono, o cumprimento da "obrigação natural" do amor. Por tratar-se de uma obrigação natural, um Juiz não pode obrigar um pai a amar uma filha. **Mas não é só de amor que se trata**

187 BRASIL, 1988, *op. cit.*

188 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. 2012. Apud MATOS, Lorena Araújo. **Responsabilidade Civil por abandono afetivo**. 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19057&revista_caderno=14 Acesso em: 15 ago. 2022.

189 *Ibidem*.

quando o tema é a dignidade humana dos filhos e a paternidade responsável. Há, entre o abandono e o amor, o dever de cuidado. Amar é uma possibilidade; cuidar é uma obrigação civil. *Omissis.* 9. "O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88."(Precedente do STJ: REsp. 1159242/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi). *Omissis.* **(TJ-DF 20160610153899 DF 0015096-12.2016.8.07.0006).190**

Depreende-se ainda das discussões sobre o abandono afetivo, que os autores Gagliano e Pamplona defendem a possibilidade de reparação dos danos causados pelo abandono em forma de indenização, com o objetivo de reparar possíveis problemas futuros aos filhos por condutas adotadas por seus genitores, dessa forma, abordam em sua obra da seguinte forma:

Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a "perda do poder familiar", pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor.¹⁹¹

Outros julgados sobre a matéria corroboram com esse entendimento, a exemplo da decisão do juiz Mario Romano Maggioni, da comarca de Capão da Canoa-RS, que condenou o genitor da criança a pagar indenização no valor de 200 (duzentos) salários-mínimos pelo abandono afetivo desta, com o seguinte argumento:

Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar,

190 [HTTPS://TJ-DF.JUSBRASIL.COM.BR](https://TJ-DF.JUSBRASIL.COM.BR). **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios Tj-df: Xxxxx-12.2016.8.07.0006 DF Xxxxx-12.2016.8.07.0006** | Jurisprudência. Jusbrasil. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/694440470>>. Acesso em: 8 out. 2022.

191 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6. p.756.

estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos. Por óbvio que o Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai - e é o caso do réu - deve desincumbir-se de sua função, sob pena de reparar os danos causados aos filhos. Nunca é demais salientar os inúmeros recursos para se evitar a paternidade (vasectomia, preservativos etc.). Ou seja, aquele que não quer ser pai, deve precaver-se. Não se pode atribuir a terceiros a paternidade. Aquele, desprecaído, que deu origem ao filho deve assumir a função paterna não apenas no plano ideal, mas legalmente. Assim, não estamos diante de amores platônicos, mas sim de amor indispensável ao desenvolvimento da criança.¹⁹²

Destarte, a indenização é usada como forma de suprir, ainda que superficialmente, o dever que os pais deveriam ter para com os filhos e evitar que estes sejam acometidos por problemas psicológicos irreversíveis no futuro.

3.1 O abandono afetivo do Idoso

O abandono afetivo inverso, como também é chamado, é a violação ao artigo 229 da CRFB/88, que determina que os filhos devem amparar seus pais na velhice.

No entanto, apesar do dispositivo legal resguardar esse direito aos idosos, de acordo com o Grupo Acasa, instituto de repouso para idosos, com o frequente crescimento da população idosa no Brasil, os casos de abandono por parte da família, sociedade e estado vem aumentando constantemente¹⁹³. O artigo já citado gera conflito com o disposto no artigo 3º da Lei n.º 8.842/94, como é possível observar no trecho a seguir. “**Art. 3º** A política nacional do idoso reger-se-á pelos seguintes princípios: I – a família, a sociedade e o estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania,

¹⁹² CONJUR. **Pai tem de pagar indenização por abandono de filha**. 2004. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2004-jun-18/pai_pagar_indenizacao_abandono_filha. Acesso em: 15 ago. 2022.

¹⁹³ ACASA. **Como lidar com abandono de idosos no Brasil?** Disponível em: <https://www.grupoacasa.com.br/abandon-de-idosos-no-brasil/#:~:text=Com%20o%20aumento%20da%20popula%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 4 out. 2022.

garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida.”¹⁹⁴

Em complemento, o artigo 230 da CRFB/88 ressalta que “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.¹⁹⁵ Já nas palavras do desembargador e diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Jones Figueiredo Alves:

[...] diz-se abandono afetivo inverso a inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família.¹⁹⁶

Dessa forma, conclui-se que o abandono afetivo não está na falta de afeto ou desamor, apesar de serem importantes no desenvolvimento de qualquer indivíduo, mas sim, na omissão do dever de cuidado. Parafraseando a ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, “amar é faculdade, cuidar é dever”¹⁹⁷, logo, é obrigação daqueles descritos em lei prezarem pelo cuidado, amparo e proteção da pessoa idosa.

Segundo o Jornal Folha de São Paulo, desde 2012, o número de idosos em abrigos de longa permanência conveniados aos estados e municípios cresceu em 33%, passou de 45.827 (quarenta e cinco mil oitocentos e vinte sete) para 60.939 (sessenta mil novecentos e trinta e nove) idosos sob cuidados do poder público¹⁹⁸. Isso porque a estrutura familiar mudou, as mulheres que antes eram impostas como responsáveis por cuidar das crianças

¹⁹⁴ BRASIL, 1994, *op. cit.*, n. p.

¹⁹⁵ BRASIL, 1988, *op. cit.*, n. p.

¹⁹⁶IBDFAM. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. 2013. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 15 ago. 2022.

¹⁹⁷ CONSULTOR JURÍDICO. **3ª Turma do STJ manda pai indenizar filha por danos**. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mai-02/turma-stj-manda-pai-indenizar-filha-abandonada-200-mil>. Acesso em: 15 ago. 2022.

¹⁹⁸ FOLHA DE SÃO PAULO. **Total de idosos que vivem em abrigos públicos sobe 33% em 5 anos**. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/07/total-de-idosos-que-vivem-em-abrigos-publicos-sobe-33-em-cincoanos.shtml#:~:text=Desde%202012%2C%20o%20n%C3%BAmero%20de,dos%20dados%20mais%20recentes%20dispon%C3%ADveis>. Acesso em: 15 ago. 2022.

e dos idosos da casa, passaram a assumir o mercado de trabalho, cabendo essa responsabilidade ao Estado.

Ocorre que por muitas vezes, ao colocar o idoso em instituições/abrigos, sejam públicos ou privados, a família o abandona, deixando-o sem visitas e rompendo a convivência que antes era de costume, podendo gerar traumas e consequências psicológicas irreversíveis como a depressão e a demência, que surgem a partir da compreensão da solidão a qual o idoso está inserido, além de provocar também a diminuição na perspectiva de viver com qualidade.

Outrossim, o Estatuto do Idoso dispõe em seu artigo 37 acerca da possibilidade da institucionalização do idoso, veja-se:

Art. 37. O idoso tem direito a moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.

§ 1º A assistência integral na modalidade de entidade de longa permanência será prestada quando verificada inexistência de grupo familiar, casa-lar, abandono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família.

§ 2º Toda instituição dedicada ao atendimento ao idoso fica obrigada a manter identificação externa visível, sob pena de interdição, além de atender toda a legislação pertinente.

§ 3º As instituições que abrigarem idosos são obrigadas a manter padrões de habitação compatíveis com as necessidades deles, bem como provê-los com alimentação regular e higiene indispensáveis às normas sanitárias e com estas condizentes, sob as penas da lei.¹⁹⁹

Ou seja, para haver a institucionalização da pessoa idosa, devem ser cumpridos os requisitos citados acima, além de observar o princípio contido no inciso I do artigo 49 da referida Lei, qual seja a preservação dos vínculos familiares.

4 HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DA SUCESSÃO: INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

¹⁹⁹ BRASIL, 1994, *op. cit.*, n. p.

A exclusão sucessória acontece com o afastamento dos herdeiros da sucessão após a morte do autor da herança. O Código Civil²⁰⁰ prevê dois institutos que tratam sobre a exclusão da sucessão, considerando que os herdeiros já tenham aceitado a herança, são eles: a indignidade²⁰¹, prevista no artigo 1.814, e a deserdação, no artigo 1.961 da mesma lei.

O instituto da indignidade, é caracterizado pela exclusão do herdeiro ou legatário devido a crime praticado por ele contra a vida, honra ou liberdade de testar do autor da herança. Dessa forma, a Lei n.º 10.406/02 estabelece três hipóteses para que haja essa exclusão, são elas: praticar ou participar de homicídio doloso, ou tentativa, contra o autor da herança, bem como de seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; acusar caluniosamente na justiça criminal o autor da herança, ou praticar crime contra a sua honra ou de seu cônjuge/companheiro; e dificultar ou impedir de forma violenta ou por meios fraudulentos, que o autor da herança possa dispor livremente de seus bens por ato que expresse sua vontade²⁰².

Ressalta-se ainda que exceto no caso de crime contra a vida (primeiro caso), a exclusão só será declarada por sentença judicial, é o que preceitua o artigo 1.815 do Código Civil²⁰³. É possível falar ainda sobre a reabilitação do indigno, disposto no artigo 1.818 do Código Civil²⁰⁴, que versa sobre a possibilidade do autor da herança perdoar, de forma expressa em testamento ou outro ato autêntico, e dessa forma, o excluído da herança poderá então ser admitido novamente e suceder o que tem direito.

A deserdação está prevista no artigo 1.961 do Código Civil²⁰⁵, e se caracteriza pela exclusão dos herdeiros necessários (filhos, pais e cônjuges – artigo 1.845 do CC) nas hipóteses mencionadas no artigo 1.814, bem como nas hipóteses tratadas nos artigos 1.962 e 1.963.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

200 BRASIL, 2002, *op. cit.*

201 BRASIL, 2002, *op. cit.*

202 *Ibidem.*

203 *Ibidem.*

204 *Ibidem.*

205 *Ibidem.*

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.²⁰⁶

Nas palavras de Washington de Barros Monteiro, a deserdação é:

[...] o ato pelo qual o testador retira a legítima do herdeiro necessário. Não se confunde com indignidade, embora coincidam seus efeitos e respectivas causas geradoras. A indignidade é peculiar à sucessão legítima, enquanto a deserdação existe apenas na sucessão testamentária. Além disso, só se deserda herdeiro necessário, ao passo que a indignidade atinge qualquer herdeiro legítimo, bem como o legatário.²⁰⁷

Ressalta-se ainda que a deserdação só pode ser feita pelo autor da herança em sua cédula testamentária, tendo que constar os motivos pelo qual está sendo feita a deserdação, desde que sejam as hipóteses previstas em lei.

5 ABANDONO AFETIVO INVERSO COMO CAUSA DE DESERDAÇÃO

Como já mencionado anteriormente, o abandono afetivo trata-se da inação de afeto e desamparo dos filhos para com seus pais na velhice, idade de maior vulnerabilidade das pessoas. Segundo pesquisa feita pelo IBGE em 2019, a população idosa lidera o *ranking*

²⁰⁶ *Ibidem*, n. p.

²⁰⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 38.

dos mais afetados pela depressão. De acordo com estudos do neurologista Vitor Tumas, professor da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, entre as principais causas da depressão no idoso estão o abandono familiar e o sentimento de inutilidade causado pelo abandono de atividades exercidas.²⁰⁸

Ocorre que mesmo com a evidência de que a falta de amor pode produzir danos físicos e mentais na velhice, a questão do abandono afetivo inverso não é tratada no Código Civil, não sendo possível a aplicação da deserdação nestes casos. Para haver aplicação do referido instituto, os motivos devem estar expostos no testamento e elencados no rol taxativo da Lei nº 10.406/02, assim também menciona a jurisprudência:

Apelação cível. Ação de deserdação. A deserdação consiste na privação da legítima por vontade do autor da herança, mediante disposição testamentária, por algumas das causas taxativamente relacionadas nos artigos 1962 e 1963 do Código Civil. *Omissis*. **A deserdação tem caráter excepcional e apenas prevalece quando devidamente comprovada a hipótese legal que ensejou, conforme rol taxativo previsto em lei (artigos 1962 e 1963 do CC), o qual não admite interpretação extensiva.** *Omissis*. Apelo desprovido.²⁰⁹

Deste modo, os magistrados precisam aplicar os princípios gerais do direito, bem como cláusulas e outras jurisprudências em suas decisões, o que geram muitas vezes controvérsias entre os julgados.

Pensando nisso, em 19 de setembro de 2015, o Deputado Vicentinho Júnior (PSB-TO) apresentou o Projeto de Lei n.º 3145/2015 que acrescenta incisos aos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil, de modo que possibilite a deserdação nas hipóteses de abandono. A justificativa dada pelo deputado foi o grande crescimento da população idosa no Brasil, gerando então o aumento de casos de abandono, maus tratos e humilhação.

A presente proposta, portanto, pretende alterar o Código Civil para permitir a deserdação dos filhos quando eles cometerem abandono afetivo e moral em relação a seus pais. Não se usa o termo idoso, no projeto, apenas para conferir maior amplitude e generalidade ao

208 VIVA BEM. **Pesquisa do IBGE aponta que idosos são os mais afetados pela depressão.** 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2021/02/23/pesquisa-do-ibge-aponta-que-idosos-sao-os-mais-afetados-pela-depressao.htm>. Acesso em: 15 ago. 2022.

209 TJ. Tribunal de Justiça. **AC: 00009549120108260100 SP 0000954-91.2010.26.0100**, Relator: Silvério da Silva, Data de Julgamento: 30/05/2019, 8º Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/05/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/716164946> Acesso em: 15 ago. 2022

dispositivo, embora se saiba que a larga maioria dos casos de abandono ocorre quando o pai já é idoso. 210

Aprovada a alteração ficaria então da seguinte forma:

Art. 1.962.

[...]

V – abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres;

Art. 1.963.

[...]

V – abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres; 211

Em 2017, o deputado e relator da Comissão de Proteção aos Direitos dos Idosos, Marcelo Aguiar, analisou o projeto e manifestou-se favorável porque o texto estava em consonância com Estatuto do Idoso, que estabelece que abandonar idosos em hospitais e casas de repouso caracteriza crime, e com a Constituição Federal, que determina que a proteção dos idosos cabe à família, ao Estado e à sociedade.

Ocorre que em 31 de janeiro de 2019, o projeto foi arquivado conforme o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, sob a justificativa de que a proposição foi submetida à deliberação da Câmara e ainda está em tramitação.

Merece destaque ainda o Projeto de Lei nº 118/2010, proposto pela Senadora Maria do Carmo Alves, com o objetivo de modificar os artigos 1.814 a 1.818 que tratam da exclusão por indignidade e os artigos 1.961 a 1.965 do Código Civil, que versam sobre deserdação, ao abordarem os institutos da exclusão sucessória. A justificativa foi pautada nos argumentos do autor Carlos Eduardo Minozzo Polleto, que afirma que o projeto

210 OLIVEIRA JUNIOR, Vicente Alves. **Projeto de Lei n. 3145/2015**. 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node013jue4i0sjf0n1j49np07tej9w43901286.node0?codteor=1392947&filename=Tramitacao-PL+3145/2015. Acesso em: 15 ago. 2022

211 BRASIL. Câmara Legislativa. **Projeto de lei nº 3145/2015**. p. 1. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1392947 Acesso em: 15 ago. 2022.

pretende modernizar as formas de exclusão do direito sucessório brasileiro, uma vez que tais institutos encontram-se defasados.

Entre as mudanças propostas pela senadora, está a alteração do Código Civil em seu Capítulo V – Dos Excluídos da Sucessão, passando a ser “Dos Impedidos de Suceder por Indignidade e o Capítulo X – Da Deserção, alterado para “Da Privação da Legítima”. As alterações não se restringem aos nomes dos capítulos, mas também ao seu conteúdo que ficaria da seguinte forma:

CAPÍTULO V

Dos Impedidos de Suceder por Indignidade

Art. 1.814. São impedidos de suceder, direta ou indiretamente, por indignidade:

[...]

III – aquele que houver abandonado, ou desamparado, econômica ou afetivamente, o autor da sucessão acometido de qualquer tipo de deficiência, alienação mental ou grave enfermidade;

[...]

CAPÍTULO X

Da Privação da Legítima

[...]

Art. 1.962. O autor da herança também pode, em testamento, com expressa declaração de causa, privar o herdeiro necessário da sua quota legítima quando este:

I – culposamente, em relação ao próprio testador ou à pessoa com este intimamente ligada, tenha se omitido no cumprimento das obrigações do direito de família que lhe incumbiam legalmente;

[...]

No Capítulo V, foi acrescentado à indignidade sucessória uma hipótese que hoje é prevista no instituto da deserdação, e para a autora do projeto pode-se considerar, ao menos em parte, letra morta por absoluta falta de aplicabilidade. Isso se explica porque a deserdação somente pode ser aplicada em testamento. Deste modo, há que se questionar: como alguém que se encontra com deficiência ou alienação mental terá capacidade (fática e jurídica) para firmar um negócio causa *mortis* privando a legítima do herdeiro que o abandonou? Impossível!²¹²Dessa forma, Maria do Carmo defende que essa hipótese precisa ser convertida em indignidade, para excluir a necessidade de manifestação do autor da sucessão.

Já o Capítulo X, a ideia é viabilizar a privação legitimária em casos que há o descumprimento de dever básico por parte dos familiares, incluindo desde a prestação de alimentos até o abandono afetivo e moral.

Em abril de 2011, o projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados para análise e revisão, onde sofreu alteração na nomenclatura e passou a ser chamado Projeto de Lei nº 867/2011. No ano de 2012, o deputado Willian Dib era o relator da Comissão de Seguridade social e Justiça e destacou em seu parecer que a matéria abordada no projeto de lei era relevante e buscava adequações no instituto da indignidade sucessória e da deserdação.

Em 2014, a deputada Erika Kokay, como relatora da Comissão de Seguridade Social e Família, afirmou que o PL nº 867/2011 objetivava esclarecer os institutos de exclusão sucessória, que apesar de possuírem semelhanças quanto a natureza e objetivo, são diferentes quanto ao fundamento, estrutura e regime. Esse projeto de Lei nº 867/2011, encontra-se sem tramitação na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, aguardando análise por um novo relator.

Como já mencionado anteriormente, os tribunais brasileiros têm se manifestado em decisões divergentes acerca do abandono afetivo inverso ser causa de deserdação. São raros os casos de sentença em que são deserdados os filhos que abandonam os pais na idade avançada, a exemplo tem-se a Apelação Cível 1.0707.01.033170-0/00, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que foi favorável à possibilidade de deserdação dos filhos que abandonaram o pai na velhice.

EMENTA: CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE CAUSAS DE DESERDAÇÃO - CAUSAS APONTADAS NO TESTAMENTO E COMPROVADAS PELA PROVA TESTEMUNHAL

²¹² ALVES, Maria do Carmo. **Projeto de Lei n. 118/2010**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96697>. Acesso em: 3 out. 2022.

– PEDIDO IMPROCEDENTE – SENTENÇA REFORMADA. EXCLUSÃO DOS HERDEIROS DOS DESERDADOS DO TESTAMENTO –IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO. 1- Tendo o falecido exarado em testamento a firme disposição de deserdar os filhos, apontando as causas da deserdação, e havendo comprovação desses fatos, deve ser mantida a disposição de última vontade do testador. 2- É incabível a discussão afeta à exclusão dos filhos dos deserdados do testamento, porque ausente legitimação dos autores para tal pleito, nos termos do art. 6º do CPC.213

De acordo com o relator, o pai era vítima de câncer e não teve o amparo emocional e material necessário de seus herdeiros, evidenciando o abandono afetivo inverso.

Da mesma forma, a doutrina brasileira, que diverge das opiniões acerca do tema, é favorável à hipótese de exclusão sucessória, apenas os juristas Flávio Tartuce e José Fernando Simeão, pautados no fundamento de que “[...] a afetividade é um dos mais importantes princípios do Direito de Família e afirmam que abandono afetivo é pior e mais nefasto que o abandono material”²¹⁴.

Portanto, é de extrema relevância que os projetos de leis a respeito do assunto voltem a tramitar e tenham sua aplicação validada. Não se pode afirmar que somente a lei mude a realidade atual de abandono dos idosos, mas considera-se um estímulo para que surjam políticas públicas que versem sobre o tema. Cite-se, como exemplo, a conscientização das consequências, através de campanhas publicitárias e ações sociais, que um abandono pode gerar à saúde da pessoa abandonada, visto que premiar a herança a alguém que negligencie seus pais, seria encorajar o desamparo emocional.

Ressalta-se ainda que a alteração da lei não visa deserdar familiares que não possuem condições de cuidar de um idoso em casa ao colocarem seus ascendentes em abrigos, mas se assim o fizerem, não negligenciem o cuidado e o afeto necessário a eles.

Dessa forma, a inclusão do abandono afetivo inverso como causa de deserdação, além de se tratar de uma forma de punição para aqueles filhos e herdeiros necessários que

213 BRASIL, **Tribunal de Justiça de Minas Gerais, AC 1.0707.01.033170-0/001**, Rel. Des. Maurício Barros, j. 5/09/2006, 6ª Câmara Cível. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5900794/107070103317000011-mg-1070701033170-0-001-1/inteiro-teor-12038195>. Acesso em: 25 set. 2022.

214 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *apud* SPERIDIÃO, Lucimara Barreto; AGUIAR, Claudia Fernanda. **Sucessão testamentária: o abandono afetivo como causa de deserdação**. 2013, n. p. Disponível em: <http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1395776639.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2022.

descuidam de seus pais no momento em que mais precisam, servirá também como uma possível medida preventiva para a diminuição das taxas de abandono dos idosos no Brasil.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, conclui-se que a possibilidade do instituto do abandono afetivo se tornar uma causa de deserdação deve ser analisada pelas autoridades legislativas. Conforme visto ao decorrer deste artigo, a falta de amparo e proteção dos idosos por parte dos filhos, pode implicar em aumento do abandono afetivo e moral dessa comunidade.

Além disso, a falta de afeto pode gerar riscos físicos e psicológicos a qualquer indivíduo, principalmente aos mais vulneráveis, idosos e crianças, necessitando assim de um amparo maior. Dessa forma, faz-se necessário que em casos como este, os idosos, pautados no princípio da afetividade, tenham a possibilidade de excluir da sucessão os filhos que o abandonaram, precisando assim de uma legislação que verse sobre o tema, uma vez que o rol que trata o assunto é taxativo e não permite interpretação extensiva.

Considerando as mudanças na dinâmica do cenário familiar, conclui-se que o Código Civil de 2002 está desatualizado. Destaca-se que o problema tratado focou na deserdação em hipótese de abandono afetivo inverso, por não constar no rol taxativo dos artigos 1.962 e 1.963 da Lei n.º 10.406/02. Dessa forma, se faz necessária a criação e aprovação de uma legislação que preveja especificamente sobre esta questão.

A aplicação de leis constitucionais e infraconstitucionais, bem como de políticas públicas voltadas para conscientização sobre as consequências do abandono, poderá reduzir o desamparo ao idoso e, conseqüentemente, proporcionar uma velhice digna.

Por outro lado, será possível reduzir as divergências jurisprudenciais e doutrinárias, possibilitando julgamentos mais justos e igualitários às famílias em consonância com a segurança jurídica assegurada pela clareza da legislação.

REFERÊNCIAS

1oGS 2011. Gerontologia Social - 1oGS2011: **Princípios das Nações Unidas para o Idoso**. Disponível em: <<http://gerontologiasocial-1gs2011.blogspot.com/2012/02/principios-das-nacoes-unidas-para-o.html>>. Acesso em: 4 out. 2022.

ALVES, Jonas Figueirêdo. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Entrevista concedida ao sítio do IBDFAM. 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

ALVES, Maria do Carmo. **Projeto de Lei n. 118/2010**. Disponível em:
<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96697>>. Acesso em: 3 out. 2022.

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

BRASIL. Câmara Legislativa. **Projeto de lei nº 3145/2015**. p. 1. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1392947>
Acesso em: 15 ago. 2022

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Disponível em:
<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2003/lei-10741-1-outubro-2003-497511-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20pol%C3%ADtica%20nacional,Idoso%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.&text=Art.,e%20participa%C3%A7%C3%A3o%20efetiva%20na%20sociedade>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **PLS 118/2010 - Senado Federal**. Senado.leg.br. Disponível em:
<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96697>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

BRASIL, **Tribunal de Justiça de Minas Gerais, AC 1.0707.01.033170-0/001**, Rel. Des. Maurício Barros, j. 5/09/2006, 6ª Câmara Cível. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5900794/107070103317000011-mg-1070701033170-0-001-1/inteiro-teor-12038195>>. Acesso em: 25 set. 2022.

CONJUR. **Pai tem de pagar indenização por abandono de filha**. 2004. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2004-jun-18/pai_pagar_indenizacao_abandono_filha>. Acesso em: 15 ago. 2022.

CONSULTOR JURÍDICO. **3ª Turma do STJ manda pai indenizar filha por danos**. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mai-02/turma-stj-manda-pai-indenizar-filha-abandonada-200-mil>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Total de idosos que vivem em abrigos públicos sobe 33% em 5 anos**. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/07/total-de-idosos-que-vivem-em-abrigos-publicos-sobe-33-em-cincoanos.shtml#:~:text=Desde%202012%2C%20o%20n%C3%BAmero%20de,dos%20dados%20mais%20recentes%20dispon%C3%ADveis>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6.

GIL, A. C. (2002) **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas S/A. <Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/150/o/Anexo_C1_como_elaborar_projeto_de_pesquisa_-_antonio_carlos_gil.pdf>. Acesso em: 05 out. de 2022.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. 2012. Apud MATOS, Lorena Araújo. **Responsabilidade Civil por abandono afetivo**. 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19057&revista_caderno=14>. Acesso em: 15 ago. 2022.

[HTTPS://TJ-DF.JUSBRASIL.COM.BR](https://tj-df.jusbrasil.com.br). **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios Tj-df: Xxxxx-12.2016.8.07.0006 DF Xxxxx-12.2016.8.07.0006** | Jurisprudência. Jusbrasil. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/694440470>>. Acesso em: 8 out. 2022.

IBDFAM. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. 2013. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

IBGE. **Em 2019, expectativa de vida era de 76,6 anos**. 2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29502-em-2019-expectativa-de-vida-era-de-76-6-anos>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários ao Estatuto do Idoso**. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 14.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16ª.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NEVES, Gustavo Bregalda; LOYOLA, Kheyder; ROSA, Emanuel. **Leis Especiais Comentadas para concurso: Estatuto do Idoso**. 1º.ed. Editora Rideel, 2016.

O BEM VIVER. **O que é ser idoso e ser velho**. 2020. Disponível em: <https://obemviver.blog.br/2020/12/25/o-que-e-ser-idoso-e-ser-velho-fique-atento-video/> Acesso em: 15 ago. 2022.

OLIVEIRA JUNIOR, Vicente Alves. **Projeto de Lei n. 3145/2015**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node013jue4i0sjf0n1j49np07tej9w43901286.node0?codteor=1392947&filename=Tramitacao-PL+3145/2015>. Acesso em: 15 ago. 2022

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direito à velhice: **A proteção Constitucional da Pessoa Idosa**. In Os Novos Direitos no Brasil: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas, organizadores WOLKMAR, Antonio Carlos; e LEITE, José Rubens Morato, São Paulo: Saraiva, 2003, p.133.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *apud* SPERIDIÃO, Lucimara Barreto; AGUIAR, Claudia Fernanda. **Sucessão testamentária: o abandono afetivo como causa de deserdação**. 2013. Disponível em: <<http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1395776639.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

TJ. Tribunal de Justiça. **AC: 00009549120108260100 SP 0000954-91.2010.26.0100**, Relator: Silvério da Silva, Data de Julgamento: 30/05/2019, 8º Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/05/2019. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/716164946>>. Acesso em: 15 ago. 2022

VIVA BEM. **Pesquisa do IBGE aponta que idosos são os mais afetados pela depressão**. 2021. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2021/02/23/pesquisa-do-ibge-aponta-que-idosos-sao-os-mais-afetados-pela-depressao.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO MÉDICO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO AO ESTADO

JOSSIENE VITÓRIA DA SILVA.
Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi – UNIRG.

GLEIDY BRAGA RIBEIRO²¹⁵

(orientador).

RESUMO: A vida é o principal bem jurídico tutelado pela Constituição Federal de 1988. Quando ocorre ação lesiva à vida ou integridade física de alguém, tem-se como consequência a responsabilidade penal e, ligada a esta, a responsabilidade civil. Além destas, uma mesma ação pode acarretar em responsabilidade administrativa e/ou disciplinar observando-se o caso concreto. Posto isto, este trabalho tem o objetivo de discorrer acerca da responsabilidade civil decorrente do erro médico, quando este estiver prestando serviços ao Estado. Posteriormente a exposição da participação deste na responsabilização por danos causados à terceiros pelos seus agentes. Esta pesquisa baseia-se em estudos bibliográficos já prontos, informações já publicadas através da internet, doutrinas e textos de lei para o desenvolvimento da temática.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Erro Médico; Estado;

ABSTRACT: Life is the main legal asset protected by the Federal Constitution of 1988. When there is an action harmful to the life or physical integrity of someone, there is criminal liability and, linked to this, civil liability. In addition to these, the same action may result in administrative and/or disciplinary liability, observing the specific case. That said, this work aims to discuss the civil liability resulting from medical error, when it is providing services to the State. Subsequently, the exposure of its participation in the liability for damages caused to third parties by its agents. This research is based on bibliographic studies, information already published on the internet, doctrines and legal texts for the development of the theme.

Keywords: civil responsibility; medical error; state;

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil. 2.1. Conceito. 3. Responsabilidade civil do médico e do Estado. 4. Excludentes de responsabilidade. 4.1. Estado de necessidade.

²¹⁵ Mestre em Desenvolvimento Regional. Doutoranda em Direito Constitucional. Atualmente é docente na Universidade de Gurupi – Unirg.

4.2. Caso fortuito ou força maior. 4.3. Culpa exclusiva da vítima. 6.Considerações finais. 7.Referências.

1.INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da vida em sociedade, o médico era visto como um milagreiro, uma criatura perfeita dotada com dons divinos, isso pelo fato de ajudar as pessoas a curar suas doenças e enfermidades. Entretanto, essas qualidades dadas a este não são verídicas. Mesmo tendo o conhecimento e as qualificações exigidas para exercer a profissão, o médico é ser humano e está sujeito a erros e falhas.

Pode-se considerar que o erro médico consiste em uma falha do médico no exercício da sua profissão, de forma que, por motivo adverso de ação ou omissão ou por inobservância de conduta técnica. Logo, a falha do médico se destrincha em um ato ilícito no exercício da sua função.

No exercício da profissão o médico tem o dever de agir com cuidado e zelar pela saúde do paciente. Este profissional deverá utilizar todos os meios de tratamento disponíveis e os recursos adequados para curar ou pelo menos atenuar os males do paciente.

Seguindo esse pensamento, o ilustre Genival Veloso de França pontua:

Fica estabelecido em todos os documentos de princípios éticos que o médico, no exercício de sua profissão, deve manter absoluta proteção e lealdade pela vida do seu semelhante, usando dos seus conhecimentos sempre em seu favor (princípio da beneficência). Ele não deve socorrer-se dos seus conhecimentos nem dos recursos da medicina para gerar sofrimento físico ou moral, nem muito menos cuidar do extermínio do ser humano, qualquer que seja o propósito ou a intenção. (FRANÇA, 2019, p.19).

Portanto, o médico deve atuar de forma ética, não devendo aplicar de seus conhecimentos profissionais para prejudicar outras pessoas, para que assim seja garantido o direito à vida e saúde, garantidos constitucionalmente.

Tendo em vista o avanço da ciência, surgiram novas modalidades de procedimentos no campo da medicina, e com isso as chances de ocorrer o erro médico aumentaram. Esta conduta pode ocasionar danos ao paciente, e posteriormente gerando a responsabilização de quem os causou. Genival Veloso de França explica que “por responsabilidade profissional, no âmbito do exercício da medicina, como um elenco de obrigações a que está sujeito o médico, e cujo não cumprimento o leva a sofrer as

consequências impostas normativamente pelos diversos diplomas legais.” (FRANÇA, 2020, p. 283).

O estudo da participação do Estado para fins de responsabilidade civil médica é muito importante, pois o cidadão tem direito a ser indenizado em casos de dano causado pela Administração. Se ao exercer suas funções, o agente público ocasionar danos a outrem, o Estado responderá de forma direta, e depois acarretar ação regressiva se tiver a comprovação da culpa ou dolo do agente na execução da conduta.

Ante o exposto, o presente trabalho tem a finalidade de fazer uma análise acerca do erro médico para fins de responsabilidade civil, sendo este profissional prestador de serviço ao Estado, desde que comprovados os pressupostos legais para sua caracterização. Além disso, também será abordada a responsabilidade civil do Estado, e com isso, ficará evidenciado a culpabilidade de cada um.

2.RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceito

A *responsabilidade* é presumida como sendo uma ação que causa prejuízo de alguém que pratica, supostamente, um ato ilícito, descumprindo um ato normativo antecedente, e posteriormente será responsabilizado por suas ações, sendo obrigado a reparar o dano. Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2022), refere-se uma obrigação sucessiva, que decorre do descumprimento de um dever originário, onde este pode ser derivado de um contrato ou do dever de não lesar.

Ainda sobre o conceito de responsabilidade civil, Carlos Roberto Gonçalves pontua que a mesma “é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos.” (2021, p. 21).

O Código Civil é pautado na responsabilidade subjetiva, disposta em seus artigos 186 e 187, e tendo como exceção a responsabilidade objetiva, como o caso previsto no artigo 927 do CC. Sendo assim, a responsabilidade subjetiva está sujeita à demonstração do dolo ou culpa, e a responsabilidade objetiva, se dá quando houver a caracterização do nexo de causalidade.

Para que a responsabilidade civil seja caracterizada, é necessário a presença dos seguintes pressupostos: a conduta, o dano, nexo de causalidade e a culpa. Este último componente trata-se de pressuposto somente da responsabilidade civil

3.RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DO ESTADO

A responsabilidade civil do médico é analisada sob o aspecto subjetivo, assim para que exista a responsabilidade do médico, deverá estar presente os seguintes pressupostos: a conduta (omissiva ou comissiva), o dano, o nexo de causalidade ligando o dano à conduta, e a culpa, a qual pode ser exteriorizada através da negligência, imprudência e imperícia.

Com isso, Genival Veloso de França leciona:

Enfim, para a caracterização da responsabilidade médica basta a voluntariedade de conduta e que ela seja contrária às regras vigentes e adotadas pela prudência e pelos cuidados habituais, que exista o nexo de causalidade e que o dano esteja bem evidente. As regras de conduta arguidas na avaliação da responsabilidade médica são relativas aos deveres de informação, de atualização, de vigilância e de abstenção de abuso. (FRANÇA, 2020, p. 285)

A responsabilidade possibilita um estudo a respeito da conduta ilícita realizada e o possível dano ou desvantagem econômica provocada ao paciente ou seus familiares, “situação resolvida pela fixação de indenização pecuniária” (SOUZA, 2022, p. 286).

A doutrina, assim como a jurisprudência, compreende que a relação contratual entre o médico e o paciente não se trata de uma obrigação de resultado, isto é, o profissional não fica obrigado a curar ou salvar o paciente, mas tem o dever de recorrer de todos os meios acessíveis para atingir o efeito desejado pelo paciente. Sobre essa relação entre o médico e o paciente, Letícia Corrêa Teixeira, citando o agravo regimental no recurso especial, leciona:

EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. LAQUEADURA DE TROMPAS E POSTERIOR GRAVIDEZ. IMPROCEDÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO E FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO INEXISTENTES. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 211 DO STJ. A RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE É CONTRATUAL. OBRIGAÇÃO DE MEIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBE À VÍTIMA. PRECEDENTES. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE AFASTOU O DEVER DE INDENIZAR EM RAZÃO DA FALTA DE PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA. REFORMA. SÚMULA Nº 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. [...] **A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral, obrigação de meio, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética** (REsp n. 1.046.632/RJ, Rel.

Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, DJe 13/11/2013). RECURSO ESPECIAL Nº 1.761.533 - SC (2018/0214945-7) RELATORA: MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES RECORRENTE: TERESINHA VETTERLI NUESCH ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO RECORRIDO: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC RECORRIDO: JORGE BINS ELY ADVOGADOS: LEOBERTO BAGGIO CAON - SC003300 LEONARDO PEREIRA DE OLIVEIRA PINTO - SC013001 GABRIEL HENRIQUE DA SILVA - SC022400 RAFAELLA ZANATTA CAON KRAVETZ E OUTRO (S) - SC022415 DECISÃO Trata-se de Recurso Especial, interposto por TERESINHA VETTERLI NUESCH, em 10/11/2017, com base na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado: "PROCESSUAL CIVIL. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. AJG. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS. CIRURGIA. SUPOSTO ERRO MÉDICO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DEVER DE INFORMAÇÃO DOS RISCOS DA CIRURGIA. [...]. **Os profissionais da saúde, quando da prestação de seus serviços, vinculam-se a obrigação de meio e não de resultado. Ou seja, o médico compromete-se a fazer uso de todos os recursos da experiência científica disponíveis para a busca do resultado pretendido pelo paciente. Dessa forma, a não obtenção do resultado não configura inadimplemento ilícito ou erro, pois a obrigação do profissional é limitada aos meios utilizados.** O erro médico, portanto, é imprudência, negligência ou imperícia na condução do procedimento, agindo em desacordo com o preconizado pela prática médica. Por outro lado, no caso de cirurgia plástica de natureza estético-reparadora, por estar focada na melhoria da aparência e da autoestima, encerra dever de resultado, e não simples dever de meio, hipótese em que a culpa do profissional diz-se presumida [...] Brasília (DF), 12 de setembro de 2018. MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES Relatora (STJ - REsp: 1761533 SC 2018/0214945-7, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Publicação: DJ 19/09/2018). (TEIXEIRA, 2019, p.36).

Portanto, a regra é que o dever do médico, ao fornecer os seus serviços, diz respeito a uma obrigação de meio, contudo, será de resultado, se porventura for os casos de "cirurgia plástica, estética, anestesia, transfusão de sangue, por exemplo, pois, nesses casos o médico se compromete com um resultado útil." (TEIXEIRA, 2019, p. 37).

O Direito Brasileiro adotou a teoria do risco administrativo no que diz respeito à responsabilidade civil da Administração. A teoria prescreve a responsabilidade do Estado de forma objetiva pela conduta de seus agentes, independente do cargo que ocupam, pelos danos ou prejuízos causados a terceiros. Sobre responsabilidade do Estado, Marcos Levi Francisco Lopes, citando o acórdão da 2ª Turma Cível, descreve:

"2. A responsabilidade civil do Estado pelos danos causados por seus agentes a terceiros é, em regra, objetiva (art. 37, §6º da CF), observando-se a teoria do risco administrativo, segundo a qual não se perquire a culpa, mas sim o nexo de causalidade entre o serviço público oferecido e o dano sofrido pelo administrado, devendo ser verificada a ocorrência dos seguintes elementos: i) o ato ilícito praticado pelo agente público; ii) o dano específico ao administrado; e iii) o nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido. Não configurados quaisquer desses requisitos, deve ser afastada a responsabilidade civil do Estado. 3. No caso de suposto erro médico cometido pela rede de saúde do Estado, a responsabilidade estatal é subjetiva, fundada na teoria da "falta do serviço", sendo imprescindível a comprovação da conduta imprudente, negligente ou imperita do profissional."

Acórdão 1154804, 00040136020168070018, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 27/02/2019, publicado no PJe: 10/03/2019." (LOPES, 2021).

Dessa forma, o Estado responderá de maneira objetiva por danos causados pelos seus agentes, e nos casos em que houver ação de reparação, o mesmo será o sujeito passivo da mesma. Não significa dizer que o médico não será responsabilizado, pelo contrário, o Estado poderá ingressar com ação regressiva em face do médico ou até mesmo contra o hospital, que responderá subjetivamente diante daquele.

4. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

É importante destacar as exceções quanto à responsabilidade do Estado, que são as excludentes de responsabilidade, em outras palavras, são os casos que afastam "o nexo causal entre a conduta do Estado e o dano causado ao particular" (TEIXEIRA, 2019, p. 47), e a partir daí o Estado não será responsabilizado.

A respeito das excludentes de responsabilidade, podemos citar: estado de necessidade, caso fortuito ou força maior e culpa exclusiva da vítima. Existindo as excludentes, e havendo concausas, isto é, "quando tiver mais de uma causa que provocou o dano, uma delas sendo a omissão do Estado, e que tenham simultaneidade entre a

conduta do Estado e do lesado” (TEIXEIRA, 2019, p. 49), nesse caso não será aplicada a excludente de responsabilidade.

4.1. Estado de necessidade

Em relação ao estado de necessidade, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho lecionam que “consiste na situação de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, para remover perigo iminente, quando as circunstâncias do fato não autorizarem outra forma de atuação.” (2022, p. 53).

Percebe-se que o estado de necessidade ficará caracterizado quando ocorrer situações em que determinada conduta for extremamente necessária. Cabe destacar que o agente não poderá ultrapassar o limite imprescindível capaz de remover o perigo, sob pena de responder pelos excessos.

Nesse mesmo pensamento, Carlos Roberto Gonçalves exemplifica:

Se um motorista, por exemplo, atira o seu veículo contra um muro, derrubando-o, para não atropelar uma criança que, inesperadamente, surgiu-lhe à frente, o seu ato, embora lícito e mesmo nobilíssimo, não o exonera de pagar a reparação do muro. Com efeito, o art. 929 do Código Civil estatui que, se a pessoa lesada, ou o dono da coisa (o dono do muro) destruí-da ou deteriorada “não forem culpados do perigo”, terão direito de ser indenizados. (2021, p. 193)

Neste exemplo, se o fato foi causado “por culpa in vigilando do pai da criança, que é o responsável por sua conduta” (GONÇALVES, 2021, p. 193), mesmo o motorista ficando responsável pelo conserto do muro, o mesmo poderá ingressar com ação regressiva em face do pai da criança.

4.2. Caso Fortuito ou força maior

Carlos Roberto Gonçalves (2021) explica que o caso fortuito transcorre normalmente de um fato ou um ato que não é esperado pelas partes, como por exemplo, um caso de greve. Já a força maior, decorre de eventos da natureza, como o terremoto, por exemplo.

Sendo assim, “os dois conceitos, por conotarem fenômenos parecidos, servem de escusa nas hipóteses de responsabilidade informada na culpa, pois, evidenciada a inexistência desta, não se pode mais admitir o dever de reparar” (RODRIGUES, apud GONÇALVES, 2021, p. 199).

Nessa excludente de responsabilidade fica evidenciado a imprevisibilidade dos fatos pelos agentes, e por isso não há em que se falar em responsabilidade, e consequentemente o dever de reparação.

4.3. Culpa exclusiva da vítima

O ilustre Caio Mário da Silva Pereira leciona que:

Se a vítima contribui com ato seu na construção dos elementos do dano, o direito não se pode conservar estranho a essa circunstância. Da ideia de culpa exclusiva da vítima, chega-se à concorrência de culpa, que se configura quando ela, sem ter sido a causadora única do prejuízo, concorreu para o resultado. (2022, p. 417).

Bandeira de Mello, citado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, traz o exemplo da responsabilidade aplicada ao Estado:

Figure-se que um veículo militar esteja estacionado e sobre ele precipite um automóvel particular, sofrendo avarias unicamente neste último. Sem os dois veículos não haveria a colisão e os danos não se teriam produzido. Contudo, é de evidência solar que o veículo do Estado não causou o dano. Não se deveu a ele a produção do evento lesivo. Ou seja: inexistiu relação causal que ensejaria a responsabilidade do Estado. (MELLO, apud GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2022, p. 57).

Isto posto, se a vítima for a responsável por causar o dano, essa ação exclui a causalidade. No caso em que a vítima não for a única responsável, tem-se a culpa concorrente, e diante dessa situação, será averiguado a responsabilidade de cada um dos envolvidos (autor e vítima).

Portanto, o Estado não será responsabilizado quando as circunstâncias que ocasionar o dano foram inevitáveis ou imprevisíveis. Entretanto, se ocorrer a omissão do Estado, sendo esta a causa do dano, o mesmo será responsabilizado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, a presente pesquisa teve o intuito de abordar a responsabilidade civil do médico decorrente de erro no exercício de sua profissão. Ademais, também foi abordada a responsabilidade civil da administração pública pelos danos causados por seus agentes.

O direito à saúde é uma garantia constitucional onde o Estado é responsável por garanti-la. Sendo assim, o médico que atua por meio da administração pública, tem o dever de zelar do paciente, não devendo utilizar seus conhecimentos para causar sofrimento a outrem, seja este físico ou moral.

De acordo com a teoria do risco administrativo, a responsabilidade do Estado pela conduta de seus agentes, será a objetiva. O mesmo só não será responsabilizado, se ficar comprovada a existência das excludentes de responsabilidade.

Portanto, no erro médico, percebe-se que a responsabilidade do Estado é direta e solidária, e o médico assumirá a responsabilidade de forma subsidiária.

6.REFERÊNCIAS

ANGELIN, Júlia Magalhães. **RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO**. 2018. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/5641/1/JMAngelim.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2022.

ARAÚJO, Ana Laura Braga. **RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO: relação médico- paciente no ordenamento jurídico brasileiro**. 2020. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/16923/1/Monografia%20%20ANA%20LAURA%20BRAGA%20ARAÚJO.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2022.

BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 13 ago. 2022.

BETTEGA, ANA CHRISTINA RIBAS BRAGA. **A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO**. 2019. Disponível em: <https://tcconline.utp.br/media/tcc/2019/10/A-RESPONSABILIDADE-CIVIL-NO-ERRO-MEDICO.pdf>. Acesso em: 22 de março de 2022

CARDOSO, Phelipe. **Responsabilidade Civil fundada em erro médico. Quem deve responder? O médico, o Estado ou ambos?** 2020. Disponível em: [Responsabilidade Civil fundada em erro médico. Quem deve responder? O médico, o Estado ou ambos? \(jusbrasil.com.br\)](https://jusbrasil.com.br) Acesso em: 04 jun.2022.

CARDOSO, Philipe Monteiro. **Você sabe o que é responsabilidade objetiva e subjetiva?** 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58947/voce-sabe-o-que-e-responsabilidade-objetiva-e-subjetiva> . Acesso em: 13 ago. 2022.

CAVEDON, Mauro Venturini. **Pressupostos da responsabilidade civil no direito brasileiro.** 2016. Disponível em:

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47878/pressupostos-da->

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico.** 17 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica.** 7 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil* - 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

GALVÃO & Silva Advocacia. **Erro Médico e Responsabilidade Civil.** 2021. Disponível em:

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro v 4 - Responsabilidade Civil.** 16 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

LOPES, Marcos Levi Francisco. **A responsabilidade civil do Estado em virtude de erro médico cometido na prestação do serviço público de saúde.** 2021. Disponível em: [Conteúdo Jurídico | A responsabilidade civil do Estado em virtude de erro médico cometido na prestação do serviço público de saúde \(conteudojuridico.com.br\)](#). Acesso em: 03 set. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 13. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2022.

SOUZA, Alessandra Varrone de Almeida Prado. **Direito Médico.** 2 ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

TEIXEIRA, Leticia Corrêa. **A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de erro médico.** 2019. Disponível em: <https://servicos.unitoledo.br/repositorio/bitstream/7574/2319/3/RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20DO%20ESTADO%20POR%20DANOS%20DECORRENTES%20DE%20ERRO%20M%C3%89DICO%20%20LETICIA%20CORR%C3%8AA%20TEIXEIRA.pdf>. Acesso em: 04 set. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4.

PIRÂMIDE FINANCEIRA E MARKETING MULTINÍVEL: FRONTEIRA ENTRE ESSES DOIS SISTEMAS FINANCEIROS E SEUS ASPECTOS LEGAIS

THAIS SILVA FEITOZA:
Bacharelanda do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

DRA. EMANUELLE ARAÚJO CORREIA²¹⁶
(orientadora)

Resumo: No presente artigo buscou-se examinar brevemente o contexto histórico do marketing multinível e da pirâmide financeira, realizando a sua conceituação, através de pesquisas bibliográficas integrativas. A partir dessa noção básica passou-se a apresentar como a legislação e o judiciário enxergam essas atividades e como têm sido decididas as questões relativas a conflitos entre a rede de marketing e o sistema piramidal. Com os apontamentos trazidos pela doutrina e jurisprudência foi possível chegar à fronteira que separa esses dois sistemas financeiros, visto que é fato que ainda há uma associação entre os dois como se fossem a mesma coisa. Diante desse problema, esta pesquisa tem o intuito de estabelecer as diferenças entre o marketing multinível e a pirâmide financeira e apresentar os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais acerca da distinção entre as duas atividades. Dessa forma, o presente estudo tem como intuito realizar a distinção dessas duas espécies, mostrando como se comportam dentro do ordenamento jurídico brasileiro e como a jurisprudência e as correntes doutrinárias tratam esse tema. Sendo que o objetivo principal compreender as medidas jurídicas e legislativas que tratam sobre o crime de pirâmide financeira e a prática de marketing multinível no Brasil.

Palavras-chave: Marketing Multinível. Pirâmide Financeira. Jurisprudência. Crime Contra a Economia Popular.

Abstract: In this article, we sought to briefly examine the historical context of multilevel marketing and the financial pyramid, carrying out its conceptualization through bibliographic research. Based on this basic notion, we started to present how the legislation

²¹⁶ Orientadora, possui graduação em Direito pela Faculdade UNIRG-TO; Especialização "lato-sensu" em Direito Processual Civil e Penal (2006) e em Direito Público (2007), pela Faculdade FESURV-GO; Mestrado em Direito pela Universidade de Marília-SP (2010), Doutorado em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017). Atua como advogada no Estado do Tocantins. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Processual Civil.

and the judiciary see these activities and how issues related to conflicts between the marketing network and the pyramid system have been decided. With the notes brought by the doctrine and jurisprudence, it was possible to reach the border that separates these two financial systems, since it is a fact that there is still an association between the two as if they were the same thing. Faced with this problem, this research aims to establish the differences between multilevel marketing and the financial pyramid and present the legal, doctrinal and jurisprudential aspects about the distinction between the two activities. Thus, the present study aims to distinguish these two species, showing how they behave within the Brazilian legal system and how jurisprudence and doctrinal currents deal with this issue. The main objective being to understand the legal and legislative measures that deal with the crime of financial pyramid and the practice of multilevel marketing in Brazil.

Keywords: Multi-level marketing. Financial pyramid. Jurisprudence. Crime Against the Popular Economy.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Pirâmide Financeira e o Marketing Multinível. 3 Panorama da Pirâmide Financeira e do Marketing Multinível no Judiciário Brasileiro. 4 A Fronteira entre o Marketing Multinível e o Marketing Multinível. 5 Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso teve por objetivo a examinar a pirâmide financeira e marketing multinível e as consequências jurídicas desses sistemas financeiros no ordenamento jurídico brasileiro. O acelerado desenvolvimento das mídias digitais proporcionou maior destaque desses dois modelos de negócios e, por conseguinte, ganharam adeptos e juntos destes surgiram diversos entraves os quais foram levados ao poder judiciário, ao deparar-se com tais litígios no cotidiano jurídico, é possível notar que há uma certa disparidade entre os entendimentos jurisprudenciais quanto ao tema e, ainda, a difícil tipificação e por esse motivo e importância foi o tema selecionado para ser abordado nesse trabalho.

Tendo em vista a comum equiparação entre a prática de marketing multinível (MMN) e o chamado esquema de pirâmide financeira, faz-se necessário destacar a diferença entre as duas práticas e como estas são vistas a luz do sistema jurídico brasileiro. Tal distinção se mostra importante visto que aquela não é uma prática ilegal, ao contrário desta.

O presente estudo trata-se de uma revisão bibliográfica integrativa, para elaboração desse artigo tornou-se fundamental a utilização de uma metodologia para guiar-nos no levantamento e estruturação desse trabalho.

Diante disso, o primeiro capítulo desse trabalho abordou os aspectos históricos de ambas as práticas, para tanto fez-se um estudo aprofundado, destacando em especial quais as premissas básicas de cada um desses modelos, qual a estruturação destes e como funcionam ordeiramente.

No segundo capítulo aprofundou-se sobre como a jurisprudência pátria tem lidado com as problemáticas que envolvem os dois institutos, através de julgados e opiniões doutrinárias, demonstrando como as práticas têm sido enquadradas dentro do sistema jurídico brasileiro.

Em seguida abordou-se a relação entre o MMN e a Pirâmide Financeira, demonstrando que ambas não possuem o mesmo objetivo, tendo como semelhança, basicamente, a rede piramidal. No entanto, apesar de possuírem um formato semelhante, possuem objetivos e métodos díspares, vez que primeira é um modelo de negócios que tem como premissa a bonificação dos agentes que comercializam bens de consumo e/ou serviços que promovam e expandam um negócio específico e a segunda consiste em uma formação de cadeia de pessoas que são atraídas a partir de promessas fraudulentas de ganhos exorbitantes em curto período ao indicar novos clientes, sendo que partir do momento que pare de conseguir novos “associados”, o negócio rui, ou seja, e uma estrutura é mantida com os investimentos dos novos clientes, que entram na base da pirâmide e que, por sua vez, devem buscar novos investidores.

1. PIRÂMIDE FINANCEIRA E O MARKETING MULTINÍVEL

O termo “pirâmide” surgiu a partir da própria estrutura formal em que a venda é organizada, na qual o indivíduo no topo da pirâmide é o pioneiro na venda de determinado bem ou serviço para um número “x” de pessoas, a partir daí estas se obrigam a introduzir outras pessoas no suposto negócio, formando assim um nível abaixo do seu, sendo que esses novos integrantes também passam a se obrigar a recrutar novas pessoas, formando mais um nível da pirâmide e assim sucessivamente até este empreendimento ruir, (BRASIL, 2013).

Bergo (2014) compreende a pirâmide financeira como um modelo de negócio fraudulento que tem como objetivo a obtenção de lucro exorbitante em curto espaço de tempo, através da rotatividade de dinheiro. Ainda segundo Bergo (2014), esta conceituação se faz verdadeira visto que o sistema de pirâmide se estabelece por meio de um empreendimento que não tem possibilidade de sustentar-se por um longo período, visto que o objetivo, em tese, é alcançado por meio de único modo, de fato, o capital.

Segundo Saraiva (2013), as pirâmides financeiras não são novidades na economia, vez que até a década de 1980, antes da disseminação da internet, eram comuns esquemas

semelhantes que, à época, eram conhecidos como “correntes” ou “cadeias”, habitualmente propagado via postal. Os destinatários eram escolhidos com base em lista de nomes em que pessoas elaboravam, que continha dados de banco e conta, onde o recebedor da carta era “convidado” a depositar um valor na conta do primeiro da lista. Posteriormente, o recebedor deveria eliminar o nome e dados bancários do primeiro da lista, adicionar mais nomes em uma posição, colocar o próprio nome no final e enviar a nova lista para seus conhecidos.

A promessa era de que, devido a circulação das listas, todos os nomes se movimentariam até chegar ao topo, sendo que os novos participantes remunerariam os que chegassem à primeira posição. No entanto, com em todo esquema de pirâmide, os iniciantes chegaram a lucrar, mas a base da pirâmide não conseguiu obter lucro e nem ao menos recuperar o dinheiro “investido”.

Com o passar dos tempos os esquemas de pirâmides se aperfeiçoaram para adquirir um ar de legalidade e por meio da diversidade de formatos de sistemas piramidais, os criadores a fraude tentam encobrir a real natureza das operações por meio de mecânicas sofisticadas (BRASIL, 2013).

As pirâmides financeiras são formadas de diversas maneiras. Mas, basicamente, o ponto deste esquema, como o próprio nome indica, é estruturar um negócio como uma pirâmide, atraindo pessoas que têm como objetivo o lucro, desde que tenha realizado um investimento inicial. (PINHO, 2014).

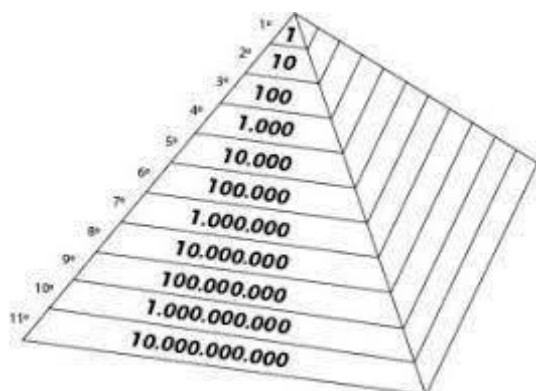
Esses modelos aprimorados de pirâmide financeira buscam assemelhar-se a estruturas legítimas com o intuito de afastar a desconfiança tanto dos potenciais vítimas quanto das autoridades. Assim, operam mimetizando organizações legítimas de marketing multinível (BRASIL, 2013).

Atualmente, em decorrência do processo de globalização e com o advento da internet, onde há uma difusão rápida de informações e com baixo custo, os sistemas piramidais têm ganhado destaque, captando “investidores”, ainda com pouco domínio acerca do mundo dos investimentos, ávidos por um ganho fácil ou demasiadamente confiantes quanto as possibilidades de manutenção e lucro através dessas atividades que à primeira vista parece ser um empreendimento legal.

No entanto, o que parecia ser um bom negócio acaba se tornando uma dor de cabeça, pois em um determinado momento, os atuais participantes não conseguirão encontrar outras pessoas dispostas a participar do negócio e, conseqüentemente, para colocar abaixo de seus níveis, fazendo com que o esquema piramidal não possua mais fonte de renda, fazendo com que os últimos entrantes fiquem sem o prometido retorno de seus investimentos.

O principal ponto do esquema de pirâmide está em cumprir com rigor os pagamentos iniciais da primeira parcela de adeptos, o que gera a confiança dos “clientes” e os instiga a atrair novos colaboradores potenciais (ARANCIBIA, 2017).

Figura 1: Pirâmide Financeira



Fonte: Aprenda Fixa

Assim, conforme ilustrado, a pirâmide financeira é um modelo em que os ganhos dos participantes estão atrelados intrinsecamente ao recrutamento de novas pessoas, onde os novos adeptos remuneram quem os introduziu no negócio e quem está nos níveis superiores aos deles. Destarte, a base desse negócio é o recrutamento de novos membros que após efetuarem um pagamento, a título de “investimento”, devem procurar mais pessoas que queiram “investir” e continuar os seus ganhos.

No caso da pirâmide ilustrada, levando em consideração que para “subir” de nível e receber o retorno prometido, cada participante precisa inserir dez novos membros a base da pirâmide, no décimo primeiro nível seriam necessários que mais de 10 bilhões de pessoas para manter os ganhos, mais que o número da população mundial¹. Logo, em um dado momento a pirâmide chegará a um ponto em que não é possível o recrutamento de novas pessoas o que leva ao desmoronamento do sistema piramidal.

Por sua vez, o Marketing Multinível (MM) é um modelo de vendas diretas que inclui o recrutamento de pessoas para desenvolver e divulgar o negócio. É baseado nos esforços de ambas as partes, tanto a empresa que fornece os produtos, capacita os seus liderados e lhes dá suporte, como para os fornecedores que com a criação de uma rede de clientes ampla consegue um maior desempenho financeiro. (REMONATO, 2017)

Ainda, de acordo a Associação Brasileira de Empresa de Vendas Diretas – ABVED, o Marketing Multinível ou Marketing de Rede é um modelo de negócio no qual o empreendedor tem lucro a partir da revenda de produtos e serviços e com a formação de sua própria equipe de vendas, onde há indicação de outras pessoas para a sua rede. Assim,

o faturamento de cada empreendedor depende da receita gerada pelas vendas dos revendedores de sua rede.

Segundo Aragão (2009), o Marketing Multinível (MM) é um modelo de vendas relativamente antigo e teve seu ponto de partida na década de 1940, quando o químico industrial Carl Rehnberg instituiu em sua empresa, Nutrilite Products, um sistema de bônus em que os distribuidores ganhavam a cada pessoa que apresentasse os produtos da empresa.

Quando Carl Rehnberg instituiu a política de marketing multinível em sua empresa, os Estados Unidos vinham passando por uma crise econômica, que chegou a levar bancos e empresas a falência e, conseqüentemente ao desemprego. A partir daí, Carl Rehnberg resolve mudar a estratégia de vendas de sua empresa, pois percebeu que os produtos tinham maior credibilidade quando era indicado por pessoas conhecidas e que conheciam os resultados destes. (PLATCHECK, 2015)

Assim que teve essa percepção, implantou um sistema de distribuição de seus produtos, onde agentes intermediários, além de vender, desenvolver seu próprio negócio e indicar outros interessados na distribuição dos produtos, construindo então um plano de remuneração a partir de níveis. Daí surge então o marketing multinível. (PLATCHECK, 2015).

A rede marketing multinível é dividida em duas vertentes, sendo uma horizontal que são as pessoas da rede ligadas diretamente ao primeiro distribuidor e a vertical, (profundidade), sendo as pessoas ligadas aos primeiros indicados, horizontal ou lateralmente, em todos os níveis abaixo (ARAGÃO, 2009).

Logo, a vertente horizontal é composta pelos indicados diretamente pelo distribuidor, onde esses duplicarão o negócio e começarão a trazer mais pessoas para a equipe, essas pessoas serão os indicados indiretamente, compondo assim os níveis verticais.

Aragão (2009) ressalta que ao utilizar o marketing multinível em seu negócio, a empresa passa a aplicar o investimento, que seria destinado para a promoção e para a propaganda na mídia, no programa de remuneração da cadeia de seus distribuidores. Em vez de realizar o investimento em propagandas, a própria rede, disposta em níveis, que irá disseminar as informações pertinentes ao distribuidor, promover a linha de produtos, perceber no cliente suas necessidades e preferências, possibilitando a organização maior atratividade perante o público-alvo.

Dessa forma, o lucro do marketing multinível é obtido com a venda de produtos e/ ou serviços e através do recrutamento de membros para a rede, sendo que o

faturamento está estritamente ligado a distribuição de produtos que possuem valor comercial.

2. PANORAMA DA PIRÂMIDE FINANCEIRA E DO MARKETING MULTINÍVEL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Na ótica da justiça brasileira, a pirâmide financeira é vista como um modelo de negócios fraudulento, pois conforme explicitado anteriormente, trata-se de um falso empreendimento, que a priori promete lucros exorbitantes, mas que ao final no máximo um pequeno grupo de envolvidos acaba realmente tendo o retorno esperado.

No entanto, apesar de reconhecer se tratar de um esquema fraudulento, havia um impasse quanto a qual dispositivo se adequava a prática e qual a competência para processamento e julgamento de ação referente a estes casos. Assim, por meio do julgamento de um processo de conflito de competência, a Terceira seção decidiu, por unanimidade, que a obtenção de lucros por meio de pirâmide financeira não se enquadra no conceito de atividade financeira para fins de incidência da Lei 7.492/1986 (que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), amoldando-se mais ao delito previsto no artigo 2º, inciso IX, da Lei 1.521/1951 (que dispõe sobre os crimes contra a economia popular).

O relator do caso, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, trouxe a baila o entendimento sumulado, Súmula 498 do Supremo Tribunal Federal, que nos crimes contra a economia popular a competência para julgamento é da justiça estadual.

Já em julgamento de outro processo de conflito de competência³, na Terceira Seção os ministros entenderam que, havendo a falta de elementos que demonstrem a evasão de divisas ou a lavagem de dinheiro em detrimento de interesses da União, é de competência da Justiça Estadual julgar os crimes relacionados a pirâmide financeira.

Além disso, a Quinta Turma do STJ, no Habeas Corpus 293.0524, entendeu que a estrutura piramidal fraudulenta também não se insere nos crimes contra o mercado de capitais (Lei 6.385/1976).

Os autos analisados referiam-se a uma empresa que oferecia aos seus clientes a oportunidade de se associarem a venda de rastreadores, mas para isso deveriam pagar taxas mensais para utilização do equipamento e comprassem um dos planos oferecidos, além de ficarem responsáveis pela venda direta dos rastreadores. Ainda, havia a promessa de distribuição de brindes milionários para os clientes que trouxessem novos associados. Para o MP, se tratava de um esquema de pirâmide financeira e, por isso, os réus foram

denunciados pela prática de crimes contra o mercado de capitais, contra o sistema financeiro nacional, de lavagem de dinheiro e de organização criminosa.

O relator, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca, destacou que embora o MP tenha apontado que as empresas exerciam atividades típicas de instituições financeiras, a descrição dos fatos afastava a ideia da existência de uma instituição financeira, o que impedia a aplicação da Lei 7.492/1986.

Ainda, devido ao fato de os captadores de membros para a pirâmide induzir as vítimas ao erro e prometer lucros exorbitantes, quando havia a denúncia desse tipo de prática, geralmente, denúncia era oferecida tanto por crime contra a economia popular, quanto pelo delito de estelionato, devido ao fato de os captadores de membros para a pirâmide induzir as vítimas ao erro e prometerem lucros exorbitantes.

Em julgamento do Recurso em Habeas Corpus 132.6555/RS, o qual os autos originários tratam acerca da Operação Faraó, investigação que apurou pirâmide financeira estruturada sob a aparência de negócio de apostas em sites esportivos e que durante as investigações, foi constatada a desvinculação entre a captação de recursos e a aplicação no sistema de apostas, além da imposição de limitações aos investidores que desejavam retirar o dinheiro aplicado e com base nisso, o Ministério Público denunciou os réus por crime contra a economia popular e estelionato, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por meio do voto do ministro Rogério Schietti Cruz, relator do recurso, realizou a distinção entre os delitos e destacou que as circunstâncias dos autos – que motivaram as duas capitulações penais – são semelhantes, pois mencionam a prática de golpe e a indução das vítimas em erro.

Deste modo, com base nos precedentes do STJ sobre a relação entre a identificação dos ofendidos e a tipificação do crime de estelionato, o ministro entendeu que, no caso, não havia justificativa plausível para a manutenção da denúncia em relação ao estelionato, podendo incorrer em indevido bis in idem.

A jurisprudência pátria também já estabeleceu que há diferenças entre o crime de estelionato – art. 171 do Código Penal – e o crime de ganhos fraudulentos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas – art. 2º, inciso IX, da Lei 1.521/1951, tendo como base o cometimento do crime contra vítimas determinadas ou indeterminadas.

Tal diferenciação ocorreu por meio do voto do relator o Ministro aposentado Nefi Cordeiro, apontou que “embora em ambos os crimes exista o meio fraudulento, no crime contra a economia popular tem-se a captação criminosa do dinheiro de todos (número indeterminado de vítimas), enquanto no estelionato se verifica o direcionamento da conduta a vítimas específicas” e que “a identificação de algumas vítimas não transforma o

crime do art. 2º, IX, da Lei n. 1.521/51 para o crime do art. 171 do Código Penal. A identificação de alguns não afasta a captação genérica de atingidos, mantendo-se daí o enquadramento típico”.

Logo, identificar algumas vítimas do esquema de pirâmide não classifica o crime como estelionato, sendo necessário que haja o número determinado de vítimas e que estas possam ser identificadas.

Outra problemática relacionada ao enquadramento do crime de pirâmide financeira está no fato de que, conforme mencionado, muitas vítimas acabam por aderirem a essa rede por acreditarem se tratar de MMN e “investem” grandes quantias nesses empreendimentos e quando percebem se tratar de um sistema fraudulento, recorrem ao Poder Judiciário na tentativa de serem indenizados, tanto materialmente, quanto moralmente. No entanto, a jurisprudência, em entendimento uníssono, tem entendido que não há danos morais nessas operações, vez que o negócio jurídico entabulado entre as partes ser nulo, em razão da ilicitude do objeto e por força do que dispõe o artigo 2º, IX, da Lei nº 1.521 /51.

Vejamos algumas jurisprudências pátrias neste sentido:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - COBRANÇA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PIRÂMIDE FINANCEIRA - NEGÓCIO JURÍDICO NULO. - O ordenamento jurídico brasileiro veda a prática da operação denominada "pirâmide financeira", que consiste em um sistema comercial cuja receita é obtida pela indicação de novos membros, sem que haja comercialização legítima de produtos ou serviços. Nesse tipo de operação, é oferecida aos usuários uma oportunidade de ganhos rápidos, mediante baixo esforço e baixo investimento e o lucro advém, basicamente, do ingresso de novos investidores - **O negócio jurídico caracterizado como "pirâmide financeira" é nulo em razão da ilicitude do seu objeto - A nulidade da avença impõe a inexistência dos efeitos obrigacionais que seriam dela decorrentes - Circunscritos os fatos alegados à esfera do simples aborrecimento, não comprovado o dano moral, é improcedente o pedido indenizatório de danos morais formulado pela parte que celebrou negócio jurídico caracterizado como "pirâmide financeira" e teve frustrada sua expectativa de ganhos. (TJ-MG - AC: 10145130214664001 Juiz de Fora, Relator: Tiago Pinto, Data de**

Julgamento: 13/07/2017, Câmaras Cíveis / 15ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 21/07/2017) (*grifo nosso*)

APELAÇÃO CÍVEL. COMPRA DE MOEDA VIRTUAL. NEGÓCIO JURÍDICO FRAUDULENTO. KRIPTACOINS. PIRÂMIDE FINANCEIRA. PAGAMENTO MEDIANTE TRANSFERÊNCIA DE AUTOMÓVEL. OBJETO ILÍCITO. SIMULAÇÃO. NULIDADE. BEM TRANSFERIDO A TERCEIROS. PERDAS E DANOS. PEDIDO SUBSIDIÁRIO. DEVOLUÇÃO DO VALOR DO BEM. PROVA DO NEGÓCIO. REVELIA DOS RÉUS. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES DO AUTOR. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. DANO MORAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO. Demonstrada pelo autor a verossimilhança de suas alegações, em contrapartida à revelia do réu, é imperioso o reconhecimento da veracidade dos fatos afirmados na inicial. **É nulo o negócio jurídico simulado, realizado com o objetivo de obter ou tentar obter ganhos ilícitos mediante especulações ou processos fraudulentos, a exemplo da pirâmide financeira camuflada em operação de venda de moeda virtual falsa (kriptacoin).** Não sendo possível o retorno das partes ao status quo ante, em razão da transferência de bens a terceiros, a obrigação de restituir a coisa converte-se em perdas e danos pelo valor correspondente do bem. **Não configura dano moral o fato de a parte ser privada do uso de um bem móvel que ela voluntariamente deu em pagamento de negócio que sabia ser de alto risco, capaz de gerar a perda total do investimento, ainda que reste demonstrado tratar-se de operação fraudulenta, pois o prejuízo era possível independentemente da validade da operação.** (TJ-DF 07121257320178070007 DF 0712125-73.2017.8.07.0007, Relator: CARMELITA BRASIL, Data de Julgamento: 03/07/2019, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/07/2019 . Pág.: Sem Página Cadastrada.) (*grifo nosso*)

Quanto a possibilidade de danos materiais, tem-se entendido pela restituição de valores, desde que devidamente comprovados, vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PIRÂMIDE FINANCEIRA - NEGÓCIO JURÍDICO - NULIDADE - OBJETO ILÍCITO - CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR - DANOS MATERIAIS - NÃO COMPROVAÇÃO - DANO MORAL - INEXISTÊNCIA. - A demonstração de que o objeto contratual burla a legislação vigente (CC, arts. 104, II e 166, II), tipificando crime contra a economia popular (pirâmide financeira),

torna o contrato jurídico nulo, sem produção de efeitos - **Dano material é o prejuízo financeiro efetivo sofrido pela vítima, física ou jurídica, que reduz o seu patrimônio.** Emergente é o que o lesado efetivamente perdeu. Cessante é o que o lesado razoavelmente deixou de ganhar. A reparação do dano material depende de comprovação - Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando o seu patrimônio. Se a pretensão do dano moral se funda em ofensa a honra objetiva, isto é, à imagem, à reputação ou ao conceito que a pessoa acredita que possui no seu meio social, a prova da ofensa é exigível - A frustração da chance dos ganhos fáceis em face de contrato nulo (pirâmide financeira), por si só, não causa danos relevantes aos direitos de personalidade, configuradores de dano moral. (TJ-MG - AC: 10701150088725001 Uberaba, Relator: Ramom Tácio, Data de Julgamento: 17/10/2018, Câmaras Cíveis / 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 26/10/2018) *(grifo nosso)*

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS - TELEXFREE - PIRAMIDE FINANCEIRA - NEGÓCIO NULO - **DANOS MATERIAIS - EXTENSÃO - COMPROVAÇÃO DEVIDA** - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE PREVISTA PELO ART. 400, I, DO CPC - DESCABIMENTO - REPETIÇÃO EM DOBRO - INDEFERIMENTO - DANOS MORAIS - NÃO CARACTERIZAÇÃO. - **Considerando que o dano material depende de devida comprovação de sua extensão, o demandante faz jus ao recebimento apenas da quantia cujo pagamento tenha logrado êxito em comprovar** - Diante da omissão da parte autora quanto ao pedido de exibição de documento pela ré, não há que se falar em aplicação da presunção de veracidade referida pelo art. 400, do CPC, ainda que tenha sido decretada a revelia da demandada - Relativamente ao pedido autoral de repetição do indébito em dobro, temos que a despeito da inequívoca má-fé da parte ré em se locupletar indevidamente às custas de seus clientes, descabida se apresenta sua aplicação, à hipótese dos autos, na medida em que a norma de regência fala em cobrança de quantia em excesso, o que não é o caso dos autos - Sendo nulo de pleno direito o negócio subjacente (art. 166, II, do CC), não tem a parte contratante o direito de exigir o seu cumprimento, também não havendo que se falar em dano moral decorrente do seu descumprimento pela parte demandada. (TJ-MG - AC: 10000191369263001 MG, Relator: Juliana

Campos Horta, Data de Julgamento: 03/08/0020, Data de Publicação: 06/08/2020) (*grifo nosso*)

Verifica-se que as jurisprudências apresentam uma convergência entre si, vez que, remansosamente, têm decidido pela incidência de danos materiais nessas operações, ainda que advindas de negócio jurídico nulo, mas desde que comprovados e, paralelamente, entendendo não sendo devida a indenização de danos morais, justamente por ser um negócio jurídico nulo.

Por outro lado, verifica-se que do mesmo modo que o modelo de pirâmide financeira não possui legislação específica, acontece com o marketing multinível, no entanto, diferentemente do primeiro, este segundo não é proibido no Brasil. Há alguns projetos de lei sobre o MMN tramitando no Congresso Nacional, liderados pelo PL 6667 de outubro de 2013, cujo objetivo é regulamentar o marketing multinível e estabelecer normas de proteção aos empreendedores, o referido PL está parado no Congresso desde 2014.

Fato é que, em virtude de não haver essa especificidade positivada, o que se tem como referência, quando se trata de marketing de rede, é o Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/90 e a Constituição Federal de 1988, que dispõem que a ordem econômica é fundada nos princípios da livre iniciativa e livre concorrência:

Art. 170. 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:

(...)

IV - livre concorrência;

(...) 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.

Assim, desde que o modelo de negócio seja pautado na legalidade e a prática de atividade comercial lícita e que haja a efetiva prestação de serviços ou comercialização de bens.

Portanto, diante o exposto, observa-se que as duas práticas comerciais não possuem legislação específica, no entanto, as legislações existentes buscam suprir essa lacuna e, ainda que de forma deficiente, a jurisprudência tem as usado para a resolução de conflitos que vêm surgindo a partir desses modelos empresariais.

3. A FRONTEIRA ENTRE PIRÂMIDE FINANCEIRA E O MARKETING MULTINÍVEL

Levando em consideração que o marketing multinível e a pirâmide financeira possuem pontos de partida semelhantes, vez que em ambas os participantes precisam formar cadeias abaixo de seus níveis para obter os resultados prometidos, é comum haver uma associação de que uma prática é sinônimo da outra. No entanto, na prática, há diferenças latentes entre esses dois modelos de negócio, sendo que o principal é que um destes é considerado ilegal na jurisprudência pátria.

Neste sentido, Souza e Capdeville (2014) entendem que as pessoas que usualmente trabalham em criações e desenvolvimento de redes, especialmente as que buscam nesse seguimento uma forma de ganhos rápidos, têm uma dificuldade em realizar a distinção entre a pirâmide financeira e o marketing multinível. Ainda segundo eles, essa confusão entre os modelos comerciais, se dá tanto pela falta de informação sobre as atividades, como pela ausência de caráter de pessoas dentro desse segmento do mercado.

Bergo (2014), destaca que esses sistemas possuem muitas características semelhantes, o que se reforçou a partir de uma espécie de evolução que a pirâmide financeira sofreu, na qual esse modelo passou a se revestir de certas características do marketing multinível. Essa evolução teria como intuito mascarar, em caso de possível fiscalização ou suspeitas, a pirâmide financeira como uma rede de marketing, o que deixa claro a principal diferença entre os dois: a pirâmide é tida como um crime contra a ordem econômica no ordenamento jurídico brasileiro.

O PROCON (2013), sintetiza as principais diferenças entre o marketing de rede e o sistema piramidal é que enquanto o primeiro trabalha com produtos e/ou serviços, o segundo não vende produtos ou serviços, ainda, no marketing multinível o ganho é proporcional ao esforço depreendido na venda dos produtos ou serviços, garantindo uma continuidade ao negócio, já na pirâmide financeira o ganho está relacionando ao tempo que o indivíduo ingressa no sistema, sendo que quanto mais antes entrar, maior o ganho e por depender tão somente novos ingressos na rede, não há uma continuidade.

Ressalta-se que há tempos era mais perceptível perceber as diferenças entre uma pirâmide financeira e o marketing multinível, pois era preciso observar de onde vinha a renda da rede, pois no MMN advinha da comercialização de um produto, enquanto no sistema piramidal não tinha qualquer produto envolvido, atualmente tal diferenciação precisa de um olhar mais apurado, visto que, com o intuito de dissimular a natureza do negócio, as redes piramidais passaram a vender bens também. Nota-se que esses produtos “vendidos” são insignificantes, trata-se de uma espécie de fachada para que o negócio não se desestruture bem antes de começar.

Em contrapartida, no marketing multinível é oferecido um produto real e que de fato a renda obtida nesse negócio, em grande parte, vem da comercialização deste. Assim, o lucro que se obtém a partir do MMN é um tipo de bônus/comissão pela divulgação e crescimento da empresa matriz.

A partir daí surge uma diferença crucial entre esses dois sistemas: a sustentabilidade a longo prazo. Conforme já exemplificado anteriormente, a pirâmide financeira é insustentável a longo prazo, mas não é aqui que reside a problemática, visto que, matematicamente, ambos sistemas são. Porém, a discrepância está no fato de que mesmo que a rede multinível deixe de crescer, por não haver mais revendedores dispostos a entrar no empreendimento, esta não desmorona, o que acontece é somente o cessamento da porcentagem de bônus/comissão por integralização de novos indivíduos, mas o lucro pela venda do produto/serviço ainda existe. Ou seja, não há mais a bonificação, mas a venda do bem oferecido garante ao MMN uma sustentabilidade indeterminada, ainda que com lucros menores, o que não traz nenhum problema visto que desde sempre o lucro prometido era proporcional ao esforço depreendido pelo membro da rede.

Enquanto isso, no sistema de pirâmide, quando não há mais o ingresso de novos membros, o seu único meio de manutenção, o dinheiro, deixa de capilarizar o lucro entre os associados, não conseguindo força o suficiente para que o dinheiro chegue aos integrantes do topo da pirâmide e àqueles mais novos que se associaram depois, caso não basta a entrada de mais e mais capital. Logo, a pirâmide sempre vai chegar em um momento em que vai ruir, simplesmente por se apoiar unicamente na circulação de dinheiro e não ter um produto sólido como base do negócio, como ocorre no marketing multinível.

Ainda, o marketing multinível gera e recolhe e impostos, devido trabalhar com a venda direta, tendo ainda a garantia de devolução do produto vendido, já na pirâmide, o dinheiro circula somente na mão dos "investidores" sem passar pelo crivo estatal, o que não gera a incidência de impostos.

Platchek; Arboith; Carvalho, (2015), esclarecem outra diferença entre esses modelos econômicos: a certificação junto a ABEVD – Associação Brasileira de Empresas de Vendas Diretas:

Portanto, a fim de distinguir com que modelo a empresa trabalha, um parâmetro relevante que pode auxiliar a identificação de empresas de Marketing Multinível é o reconhecimento e o registro da ABEVD, pois para associar-se à ABEVD a empresa tem que se adequar aos Códigos de Ética da entidade, que orienta a conduta diante dos consumidores, dos vendedores diretos e entre as empresas. Vale lembrar que, além deste ponto, a análise do mercado, a história e as

tendências das organizações são igualmente importantes para obter-se um panorama, esquivando-se dos riscos, evidenciando as oportunidades que apresentam mais benefícios e vantagens aos interessados e a todos os envolvidos no negócio (PLATCHEK; ARBOITH; CARVALHO, 2015 p.7).

Ressalta-se que a ABEVD é uma organização criada no Brasil na década de 1980, que instituiu um código de ética e conduta que norteia os princípios da venda direta, vez que ainda não há leis específicas que regulamentem a atividade de rede no país. É uma instituição reconhecida pela World Federation of Direct Selling Associations (WFDSA) organização que congrega as associações nacionais de vendas diretas existentes no mundo.

Assim, a certificação mencionada acima pelos autores dá a maior credibilidade para a empresa que atua no ramo das vendas diretas, sendo utilizado como base para a verificação de credibilidade e legalidade da empresa que busca atuar no marketing de rede. Dessa forma, vez que não há normas que regulamentem o Marketing Multinível no Brasil, essa certificação funciona como uma espécie de selo de legalidade/confiança em que as pessoas interessadas no ramo da venda direta possam confiar em determinada empresa, por possuir um selo reconhecido internacionalmente.

Dentre tantos elementos que caracterizam cada instituto, os apresentados se mostram os mais significativos a fim de concretizar o objetivo de diferenciar e identificar o modelo de empreendimento apresentado – Pirâmide Financeira ou Marketing Multinível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto inicialmente, examinar a pirâmide financeira e marketing multinível e as consequências jurídicas desses sistemas financeiros no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo que para isso foi necessário explorar os conceitos sobre o marketing multinível e a pirâmide financeira, expor, através de julgados e opiniões doutrinárias, como o crime de pirâmide financeira é tratado na justiça brasileira e apresentar os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais acerca da distinção entre as duas atividades.

Observou-se como a jurisprudência trata os litígios referentes a estes assuntos, vez que em ambos os modelos não uma legislação que normatize essas práticas. O que há atualmente consolidado na jurisprudência é que há uma diferença entre o MMN e o sistema piramidal, no que diz aos objetivos destes, sendo o primeiro considerado uma prática ilegal e este último uma prática de crime contra a economia popular. Então, em vista disso, a doutrina e a jurisprudência passaram a tratar os dois negócios de modo

divergente, buscando a responsabilização dos indivíduos que se valendo da similitude entre esses sistemas para lesar o cidadão.

A partir disso foi possível constatar que há uma semelhança estrutural entre MMN e pirâmide financeira e em virtude disto tem-se a confusão entre ambos os modelos. À vista disso, foi necessário que se fazer um paralelo entre esses modelos. Enquanto o Marketing multinível trabalha é uma forma legal de venda direta, a pirâmide financeira é caracterizada como crime contra a economia popular. Por derradeiro, pretende-se com este artigo, a visibilidade do tema e o levantamento da discussão no meio acadêmico jurídico, e com o intuito de propiciar aos estudiosos da área, fundamento teórico quanto ao assunto.

REFERÊNCIAS

- ANA.SILVA. **Mononível, Bínivel e MMN**. Disponível em: <<https://www.abevd.org.br/vendas-diretas/marketing-multinivel/>>. Acesso em: 16 set. 2022.
- ARAGÃO, Paulo de Tarso. **Pequena história do marketing multinível**. Recife: COMUNIGRAF, 2009.
- ALVARENGA, Darlan. Saiba como identificar indícios de pirâmide para não cair em golpes. G1: Darlan Alvarenga, 12 jul. 2013. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2013/07/saiba-como-identificar-indicios-de-piramide-para-nao-cair-em-golpes.html>. Acesso em: 12 set. 2022.
- BETTENCOURT, Dom Estevão. **Os efeitos do marketing multinível**. 1999. Disponível em: Acesso em: 1 set. 2022.
- BERGO, Thaís Rosenbaum. **Considerações acerca de pirâmide financeira sob o enfoque do direito penal econômico**. Intertem@s, v. 28, n. 28, 2014. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/4562>. Acesso em: 30 ago. 2022.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- _____. **Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951**. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular e dá outras providências. Presidência da República: Rio de Janeiro, 26 de dezembro de 1951.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. CC 146153 SP 2016/0098236-2. Conflito negativo de competência. Justiça Federal X Justiça Estadual. Inquérito policial. Pirâmide Financeira:

Crime conta a economia popular. Lavagem de dinheiro. Competência da Justiça Estadual. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 11/05/2016, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: Diário de Justiça eletrônico em 17/05/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* Nº 132655 - RS (2020/0206191-0). Recurso em *Habeas Corpus*. Operação Faraó. Crime contra a economia popular. Estelionato. *Bis in idem*. Ocorrência. Trancamento do processo quanto aos aventados crimes de estelionato. Recurso provido. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Data de Julgamento: 28/09/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: Diário de Justiça eletrônico em 30/09/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* Nº 293.052 - SP (2014/0090984-5). Processo penal. Pirâmide financeira. Competência. Inexistência de crime nacional e contra o mercado de capitais. Delito em tese contra a economia popular/estelionato. Prejuízo suportado por particulares. Competência da justiça estadual. Pedido de extensão. Inquérito que apura o crime de lavagem de dinheiro. Investigados que não integram a ação penal principal. Situações processuais distintas. Pedido indeferido. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Publicação: Diário de Justiça eletrônico em 293.052 - SP (2014/0090984-5).

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração em *Habeas Corpus* Nº 464608 PE (2018/0208235-1). Embargos de Declaração em *Habeas Corpus*. Ordem concedida para corrigir a adequação típica dos fatos para o crime do art. 2º, IX, da lei 1.5211/51. Pena máxima de 2 anos de detenção. Prescrição em 4 anos. Art. 109, V, do CP. Transcurso entre o recebimento da denúncia e a presente data sem ocorrência de nenhuma causa interruptiva do art. 117 do CP. Prescrição configurada. Embargos acolhidos. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 16/05/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: Diário de Justiça eletrônico em 293.052 - SP (2014/0090984-5).

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito Negativo de Competência nº 170392 / SP (2020/0010188-4 Conflito negativo de competência. Justiça Federal X Justiça Estadual. Inquérito policial. Investimento de grupo em criptomoeda. Pirâmide financeira. Crime contra a economia popular. Competência da Justiça Estadual. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, Data de Julgamento: 10/06/2020, S3 – TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: Diário de Justiça eletrônico em 16/06/2020

CALEIRO, João Pedro. **Enfim, o que difere (mesmo) marketing multinível e pirâmide?** Disponível em: <https://exame.com/negocios/enfim-o-que-difere-mesmo-marketing-multinivel-e-piramide/>. Acesso em: 13 set. 2022.

COSTA, Lílina Alves. **O Sistema de Marketing de Rede: uma estratégia de ação mercadológica** / Lílina Alves Costa – Porto Alegre: UFRGS/PPGA, 2001. 254 p. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Escola de Administração, 2001. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/3027>. Acesso em: 30 ago. 2022.

KOTLER, Philip. **Administração de Marketing: a edição do novo milênio**. 10. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2000.

KELLER, Kevin Lane, KOTLER, Philip. **Administração de Marketing**. Tradução Sônia Midori Yamamoto; revisão técnica Edson Crescitelli. – 14. ed. – São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2012.

MAZUR, Laura; MILES, Louella. **Conversas com os mestres de marketing**.

PLATCHEK, Renata Granemann Bertoldi; ARBOITH, Amanda Barrozo; CARVALHO, Luciano Augusto Alves De. **Marketing multinível no Brasil**. 2015. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/cccg/article/download/8228/4619>.

MINISTÉRIO, Público Federal. **Caso Avestruz Master: MPF consegue a prisão de ex-diretores da empresa por crime contra o sistema financeiro nacional**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/noticias-go/so-avestruz-master-mpf-consegue-a-prisao-de-ex-diretores-da-empresa-por-crime-contra-o-sistema-financeiro-nacional>.

PROCON. **PIRÂMIDE FINANCEIRA E MARKETING MULTINÍVEL**. 16 mai. 2013. Disponível em: <https://procon.to.gov.br/noticia/2017/1/10/piramide-financeira-e-marketing-multinivel/>.

SARAIVA, Wellington. **Pirâmides Financeiras e esquemas Ponzi**. Agosto, 2013. Disponível em: <http://wsaraiva.com/2013/08/17/piramides-financeiras-e-esquemasponzi/>.

SILVA, Leticia Poncheli. **Pirâmides financeiras e o crime de economia popular** / Leticia Poncheli Silva -- 2019. 49 f. Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento de Ciências Jurídicas, 2019.

CRIMES CONTRA A HONRA NO ÂMBITO DIGITAL

ANA CAROLINA DE BRITO ADORNO:
Graduanda do curso de Direito do Centro
Universitário Católica do Tocantins.

EMANUELLE ARAÚJO CORREIA²¹⁷

(orientadora)

Resumo: O presente artigo visa compreender os crimes contra a honra praticados no âmbito virtual, apontando as suas previsões na legislação penal pátria e como o legislador tratou no Código Penal Brasileiro as condutas que violam a honra e, por conseguinte, como previu as punições para estes crimes se praticados na internet. Dar relevância e citar as previsões legais dos crimes contra a honra, tornou possível reconhecer a correlação destes crimes e o ambiente virtual, atendo-se a migração das interações entre os indivíduos, mais precisamente para as redes sociais, movimento este que trouxe consigo também, os entraves. Com o advento da era digital, houve o rompimento das fronteiras geográficas e surgiu a possibilidade de comunicação entre os usuários mesmo que separados por quilômetros de distância. Então, caso ocorra a violação da honra de um indivíduo no ambiente digital, em qual jurisdição estará fixada a competência para processamento e julgamento da ação penal, no lugar onde o crime foi praticado ou no local onde a vítima tomou conhecimento das agressões. Diante do problema, na presente pesquisa apresenta-se quais os entendimentos dos tribunais acerca da competência para julgamento dos tipos penais.

Palavra-chave: Crimes. Honra. Virtual. Competência. Internet.

Abstract: This article aims to understand the crimes against honor practiced in the virtual environment, pointing out its provisions in the national criminal legislation and how the legislator treated in the Brazilian Penal Code the conduct that violates honor and, therefore, how it predicted the punishments for these crimes. if practiced on the internet. Giving relevance and citing the legal provisions of crimes against honor, made it possible to recognize the correlation of these crimes and the virtual environment, considering the migration of interactions between individuals, more precisely to social networks, a

217 Orientadora, possui graduação em Direito pela Faculdade UNIRG-TO; Especialização "lato-sensu" em Direito Processual Civil e Penal (2006) e em Direito Público (2007), pela Faculdade FESURV-GO; Mestrado em Direito pela Universidade de Marília-SP (2010), Doutorado em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017). Atua como advogada no Estado do Tocantins e como Professora no curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Processual Civil.

movement that also brought with it, the obstacles. With the advent of the digital age, there was the breaking of geographic borders and the possibility of communication between users emerged even if separated by kilometers of distance. So, if an individual's honor is violated in the digital environment, in which jurisdiction will the competence to process and judge the criminal action be established, in the place where the crime was committed or in the place where the victim became aware of the aggressions. Faced with the problem, this research presents the understandings of the courts about the competence to judge criminal types.

Keywords: Crimes. Honor. Virtual. Competence. Internet.

Sumário: 1 Introdução. 2 O conceito de crimes contra honra e como são cometidos. 2.1 A tipificação dos crimes contra a honra. 3 A correlação entre os crimes contra a honra e o ambiente virtual. 3.1 Crimes contra a honra e o ambiente virtual. 3.2 Crimes contra a honra no ambiente virtual e suas consequências para as vítimas. 3.3 Crimes contra a honra no ambiente virtual e aplicação da lei penal. 4 Entendimentos dos tribunais acerca da competência para julgamento dos tipos penais. 5 Considerações Finais. 6 Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico jurídico tem como ênfase a compreensão dos crimes que agridem a honra do sujeito quando o modus operandi do agente ativo é a utilização do ambiente virtual para a propagação da ofensa à vítima e, por conseguinte, a observância de como a jurisprudência nacional lida com a fixação de competência quanto ao processamento e julgamento desses crimes.

A princípio, apontar quais são os crimes contra a honra positivados na lei penal pátria foi o ponto de partida para identificar tais figuras típicas durante a ocorrência dos entraves sociais presentes nas interações entre os usuários no âmbito virtual. Aqui há de se destacar a evolução das relações interpessoais com o advento da internet no século 21 e a vigência do Código Penal brasileiro desde 1940.

Com o advento da internet e a migração das relações sociais para o ambiente virtual, a correlação entre os crimes contra a honra e o âmbito virtual surge desde que as fronteiras geográficas foram extravasadas e pessoas passaram a interagir mesmo que separadas por muitos quilômetros de distância.

Durante o desenvolvimento da pesquisa, foi possível observar que paira sobre o ambiente virtual uma falsa sensação de que se trata de uma "terra sem lei", onde criminosos se escondem por trás de perfis *fakes* e destilam ódio aos seus desafetos.

Utilizando-se da metodologia bibliográfica integrativa, foi possível identificar o entendimento atualizado dos tribunais sobre a fixação da competência para o

processamento e julgamento dos crimes contra a honra quando cometidos no âmbito virtual, que busca efetiva aplicação da lei penal e punição do agente ativo do crime.

Desta forma, ao fim da presente pesquisa tem-se como objetivo relatar como o ordenamento brasileiro está lidando com a ocorrência dos crimes em estudo quando praticados no âmbito virtual e também, apresentar o entendimento jurisprudencial atualizado acerca da fixação de competência para o julgamento e processamento de tais crimes e, por fim, descrever se a positivação do legislador penal está munida de real aplicabilidade.

2. O CONCEITO DE CRIMES CONTRA HONRA E COMO SÃO COMETIDOS

Os crimes contra a honra são as figuras típicas elencadas nos artigos 138 a 140, capítulo V do Código Penal Brasileiro e têm como bem juridicamente protegido a honra.

A honra é imaterial, construída pelo sujeito ao longo da sua existência perante os meios sociais que convive e perante si mesmo, é a sua distinção dos demais seres, formada através da sua personalidade e feitos. A honra carrega em si os indicativos do comportamento do sujeito, perfaz o seu nome e o posiciona na sociedade. Por isso e por tanto, qualquer agressão à honra tem efeitos incalculáveis e ao longo da história o legislador não cuidou tão somente das repercussões na esfera cível, mas também, há a presença de crimes que tipificam as agressões contra a honra nos Códigos Penais o que traduz a significância desse bem.

Guilherme Nucci (2019, p.279) conceitua a honra como:

A faculdade de apreciação ou o senso que se faz acerca da autoridade moral de uma pessoa, consistente na sua honestidade, no seu bom comportamento, na sua respeitabilidade no seio social, na sua correção moral; enfim, na sua postura calcada nos bons costumes.

Sob a ótica doutrinária, há de se entender a honra e, por conseguinte, a repercussão das agressões contra esta por duas searas, a objetiva e subjetiva.

Segundo Damásio de Jesus (2020, p.288), há clara distinção entre as duas classificações:

A honra subjetiva é o sentimento de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana. É aquilo que cada um pensa a respeito de si mesmo em relação a tais atributos. Honra objetiva é a reputação, aquilo que os

outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus atributos físicos, intelectuais, morais etc. Enquanto a honra subjetiva é o sentimento que temos a respeito de nós mesmos, a honra objetiva é o sentimento alheio incidido sobre nossos atributos.

As duas classificações possuem aplicação prática, ora vista que através destas há de se visualizar o momento em que os crimes contra a honra previstos pela lei penal brasileira se consumam. Sobre o tema, tão bem exemplificou Rogério Greco (2022, p. 268):

Chamar alguém de mau-caráter, por exemplo, além de atingir a dignidade do agente, macula sua imagem no meio social. Dessa forma, somente podemos considerar a distinção entre honra objetiva e honra subjetiva para identificar a classificação da figura típica, bem como para poder apontar, com mais segurança, o momento de consumação da infração penal pretendida pelo agente.

Por fim, dentre as explicações supracitadas, é possível identificar que a calúnia e a difamação agridem a honra objetiva do sujeito, já a injúria atinge a honra subjetiva.

2.1 A TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A HONRA

A Calúnia é elencada como o crime mais grave dentre os crimes contra a honra e, hodiernamente, praticado no ambiente virtual. Tal relevância se apresenta na pena base disposta pelo legislador penal que perfaz em seis meses a dois anos e multa, no regime de detenção.

Segundo Bitencourt (2006, p. 348), “calúnia é, em outros termos, uma espécie de ‘difamação agravada’ por imputar, falsamente, ao ofendido não apenas um fato desonroso, mas um fato definido como crime”.

Doutrinariamente, a calúnia é classificada como um crime comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoal e não há nenhuma condição especial quanto ao agente passivo. Ademais, resta salientar que além das pessoas físicas vivas, o tipo penal também torna punível a calúnia contra mortos e pessoas jurídicas.

O crime de difamação está tipificado no artigo 139 do Código Penal Brasileiro e consiste na conduta de imputar a outrem fato que ofenda a sua reputação.

Nas redes sociais, é um crime observado com certa frequência, ora vista, a quantidade de usuários que se autodenominam “perfis de fofoca”. Estes usuários buscam visibilidade comentando a vida alheia, destilando comentários vazios e pejorativos. Sobre o tema, Greco (2022, p. 290) comenta que “na verdade, com a difamação pune-se, tão somente, aquilo que popularmente é chamado de “fofoca.” É, outrossim, o crime daquele

que, sendo falso ou verdadeiro o fato, o imputa a alguém com o fim de denegrir sua reputação.”.

A difamação pode ser praticada por qualquer pessoa contra qualquer pessoa, seja física ou jurídica, sem critérios de qualidade ou condição especial.

O crime de injúria está disposto no artigo 140 do Código Penal Brasileiro e tipifica como crime a conduta que resulte em ofensa a dignidade ou a decoro de alguém. Disciplina Aníbal Bruno (1976, p. 300):

Injúria é a palavra ou gesto ultrajante com que o agente ofende o sentimento de dignidade da vítima. O Código distingue, um pouco ociosamente, dignidade e decoro. A diferença entre esses dois elementos do tipo é tênue e imprecisa, o termo dignidade podendo compreender o decoro. Entre nós costumava-se definir a dignidade como o sentimento que tem o indivíduo do seu próprio valor social e moral; o decoro como a sua respeitabilidade. Naquela estariam contidos os valores morais que integram a personalidade do indivíduo; neste as qualidades de ordem física e social que conduzem o indivíduo à estima de si mesmo e o impõem ao respeito dos que com ele convivem. Dizer de um sujeito que ele é trapaceiro seria ofender sua dignidade. Chamá-lo de burro, ou de coxo seria atingir seu decoro.

Dentre os crimes contra a honra elencados pela lei penal brasileira, na sua forma simples a injúria é o menos grave, tem como pena a detenção de um a seis meses. No entanto, passa ao *status* de crime mais gravoso quando praticado em sua forma qualificada, conforme disciplina o §3º do Código Penal Brasileiro “Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”.

Tanto o polo do sujeito ativo, quanto o do sujeito passivo pode ser ocupado por qualquer pessoa física. No caso da injúria, por ser um atentado a honra subjetiva da vítima, não podem ser vítimas do crime as pessoas mortas e as pessoas jurídicas.

A cerca dos meios pelos quais se pode praticar os crimes contra honra, HUNGRIA (1958, p.38) delimita que: “É praticado mediante linguagem falada (emitida diretamente ou reproduzida por meio mecânico), escrita (manuscrito, datilografado ou impressa) ou mímica, ou por meio simbólico ou figurativo. *Verbis, scriptis, nutu et facto.*”.

A partir da explicação do doutrinador, é passível vislumbrar que os crimes em debate podem ser praticados no mundo fático através da linguagem verbal e não verbal, e também, no mundo virtual, desde que presentes as elementares do tipo penal, que serão correlacionadas no próximo capítulo.

3. A CORRELAÇÃO ENTRE OS CRIMES CONTRA A HONRA E O AMBIENTE VIRTUAL

Para reconhecer a correlação dos crimes contra a honra e a condutas praticadas por usuários no ambiente virtual, é necessário identificar as condutas e, por conseguinte, pontuar a sua tipificação, atentando-se a presença das elementares dos crimes contra a honra, pois é sabido que para uma conduta ser considerada típica, o agente deve praticar as elementares do tipo penal.

Como vislumbra Grego (2022), as elementares são dados substanciais das figuras típicas, por isso, sem a presença destas, a conduta do agente não é reprovável e, há de se falar em atipicidade absoluta ou atipicidade relativa. Assim, para que uma conduta praticada por um sujeito seja tipificada como um crime de calúnia, por exemplo, é preciso que o sujeito impute de forma falsa a alguém fato definido como crime, já no crime de difamação a imputação deve ser de fato ofensivo à reputação da vítima e por fim, na injúria, o agente deve ofender a dignidade e o decoro da vítima.

3.1. CRIMES CONTRA A HONRA E O AMBIENTE VIRTUAL

Desde que presentes os aspectos supracitados, é sabido que os crimes contra a honra podem ser praticados tanto no mundo fático, quanto no mundo virtual. Mas, tendo em vista o imensurável alcance da conduta que transgrede a honra da vítima, o legislador penal cuidou de inserir no capítulo V do Código Penal Brasileiro uma causa de aumento de pena caso o crime contra a honra seja cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais presente na rede mundial de computadores.

Com o advento da Lei 13.964 de 2019, mais conhecida como Pacote Anticrime, em um momento de grande expansão da utilização do ambiente virtual para comunicação e interações sociais, a novidade legislativa trazida pelo parágrafo 2º do artigo 141 do Código Penal, traduz a preocupação do legislador em punir de forma mais gravosa as práticas delitivas na internet. Para Rogério Grego (2022, p. 315), "Aqui, faz-se necessária a aplicação dessa majorante em virtude do alcance de uma quantidade incalculável de pessoas que poderão tomar conhecimento dos crimes praticados pelo agente, potencializando os danos causados à honra da vítima."

O parágrafo 2º do artigo 141 do Código Penal (Brasil, 1940), disciplina que "Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena".

3.2. CRIMES CONTRA A HONRA NO AMBIENTE VIRTUAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA AS VÍTIMAS

Assim, não resta dúvidas que o legislador reconhece a facilidade de propagação das agressões no ambiente virtual, devido a velocidade das interações, e que por isso, os danos causados as vítimas são imensuráveis e merecem punições mais gravosas.

Com o advento da era digital e a crescente democratização do uso da internet, nasceu o movimento de migração das interações sociais para o meio virtual. A distância geográfica deixou de ser uma limitação para que pessoas se comunicassem e as mídias sociais passaram a hospedar esses usuários e, por conseguinte, suas manifestações. Observando este cenário, Damásio de Jesus e José Antônio Milagre (2016, p.14), discorrem:

É inerente a esta sociedade que o acesso livre às tecnologias e à rede seja um direito de todos os cidadãos. Mais do que isso, garantias e liberdades constitucionais passam a ser consideradas e refletidas à luz dos impactos que as novas tecnologias trazem no dia a dia.

Nesse cenário, junto com o crescente número de adeptos, há de se falar também no crescimento de entreves social, advindo de discursões rasas e infundadas, onde pessoas ofendem umas as outras com a carapaça de um perfil em redes sociais.

Quanto aos danos amargados pelas vítimas dos crimes contra honra, a psiquiatra Marie-France Hirigoyen (2002, p.77), dispõe sobre os seus efeitos:

As consequências especificam, em curto prazo, pelas vítimas são o estresse e a ansiedade, combinado com um sentimento de impotência e humilhação. Destes danos derivam perturbações físicas, como cansaço, nervosismo, distúrbios do sono, enxaqueca, distúrbios digestivos, dores na coluna, entre outros. Dizemos que “tais perturbações seriam uma autodefesa do organismo a uma hiper estimulação e a tentativa de a pessoa adaptar-se para enfrentar a situação.

Logo, há de se destacar que a punição prevista em lei visa coibir a prática dos crimes contra honra e prevenir o possível adoecimento das vítimas, ultrapassando a esfera penal e visando cumprir a função da positivação legislativa, sendo esta, a pacificação social.

3.3. CRIMES CONTRA A HONRA NO AMBIENTE VIRTUAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL

A identificação dos autores dos crimes contra a honra praticados na internet ainda é uma questão problemática e que exige atenção estatal. Criminosos escondidos por trás

de perfis falsos em face da capacidade limitada das autoridades policiais, que se dá pela falta de recursos necessários para a investigação e repressão, demonstram que não adianta o legislador penal prevê maiores punições para os infratores, se em contrapartida há a ineficiência estatal em investigar e identificar os criminosos.

Sobre o tema, Clayton Bezerra e Giovanni Agnoletto (2019, p.72), disciplinam sobre uma possível prática para melhor investigação dos crimes cometidos no ambiente virtual:

As redes gratuitas de internet permitem o uso por pessoas não identificadas, o que gera mais riscos de cometimento de crimes e outros ilícitos, já que dificultam a identificação do autor, devendo ser sempre solicitado um cadastro do usuário para fins de utilização da rede, como forma de se evitar o anonimato para o cometimento de crime.

A sensação de impunidade empodera os criminosos, a falsa ideia de que a internet é uma “terra sem lei” ainda é dominante entre o senso comum, ora vista a vagarosa resposta estatal para fins de coibir, reprimir tais práticas e punir os culpados.

Em virtude dessa falsa sensação de que a internet é uma “terra sem lei”, tornou-se comum a utilização de perfis falsos, difusão de discursos de ódio envolvendo difamação, calúnia e injúria, discriminações e violência. Além disso, devido a globalização, um indivíduo pode comunicar-se com outro que está a quilômetros de distância, o que dá ainda mais a ideia de ser um ambiente totalmente permissivo, visto a dificuldade em chegar-se ao transmissor da mensagem criminosa.

É urgente a necessidade de o Estado aparelhar seus agentes para que haja o efetivo cumprimento da matéria disciplinada pela lei penal e, que o judiciário se prepare para os corretos julgamentos sobre o tema, a fim de aplicar as sanções previstas na lei penal.

4. ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS ACERCA DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DOS TIPOS PENAS

Além das já citadas dificuldades para a identificação dos criminosos, outro entrave dificulta o processamento e julgamento dos crimes contra a honra é o conflito de competência entre os juízos.

Tendo em vista que no âmbito virtual a interação entre os usuários extravasa as barreiras geográficas, podendo assim, uma pessoa ser vítima de um crime contra a honra praticado por um agente que está localizado a quilômetros dela, surge o conflito de competência entre os juízos do local onde a vítima toma conhecimento do fato e do local onde o agente praticou o crime.

À luz do princípio da territorialidade, que disciplina sobre a aplicação da lei penal no espaço, o local do crime deve ser identificado para que haja a aplicação da lei penal. Nesse viés, existem três teorias que buscam definir qual o local do crime para fins de aplicação da lei penal, são elas a teoria da atividade, a teoria do resultado e a teoria mista ou da ubiquidade.

A teoria da atividade considera o local do crime onde há a prática da ação ou omissão, independentemente se a produção do resultado se deu em outro local. Já a teoria do resultado, preconiza que o local do crime é onde houve a produção do resultado da conduta omissiva ou comissiva, independentemente do local onde estas foram praticadas. Por fim, a teoria mista, adotada pelo Código Penal Brasileiro (Brasil, 1940), e disposta no artigo 6º, caput, "Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

Em recente julgamento em um conflito de competência entre juízes de dois estados distintos, de João Pessoa, na Paraíba e de Brasília, no Distrito Federal, distantes um do outro em mais de 2.000 quilômetros, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu por ser competente o juízo na comarca em que a vítima toma conhecimento da ofensa.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. INJÚRIA. INTERNET. UTILIZAÇÃO DO INSTAGRAM DIRECT. CARÁTER PRIVADO DAS MENSAGENS. INDISPONIBILIDADE PARA ACESSO DE TERCEIROS. CONSUMAÇÃO. LOCAL EM QUE A VÍTIMA TOMOU CIÊNCIA DAS OFENSAS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que no caso de delitos contra a honra praticados por meio da internet, o local da consumação do delito é aquele onde incluído o conteúdo ofensivo na rede mundial de computadores. Contudo, tal entendimento diz respeito aos casos em que a publicação é possível de ser visualizada por terceiros, indistintamente, a partir do momento em que veiculada por seu autor. 2. No caso dos autos, embora tenha sido utilizada a internet para a suposta prática do crime de injúria, o envio da mensagem de áudio com o conteúdo ofensivo à Vítima ocorreu por meio de aplicativo de troca de mensagens entre usuários em caráter privado, denominado "*instagram direct*", no qual somente o autor e o destinatário têm acesso ao seu conteúdo, não sendo para visualização por terceiros, após a sua inserção na rede de computadores. 3. Aplicação do entendimento geral de que o crime de injúria se consuma no local onde a Vítima tomou conhecimento

do conteúdo ofensivo, o que, na situação dos autos, ocorreu em Brasília/DF. 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 12.^a Vara do Juizado Especial Criminal de Brasília – SJ/DF, o Suscitado.

A decisão supracitada versa sobre o processamento do crime de injúria, onde a consumação do crime acontece no momento em que a ofensa atinge a honra subjetiva da vítima e, é cristalino que a Corte coerentemente seguiu a matéria disciplinada pela teoria do resultado, também seguida pelo Código de Processo Penal (BRASIL,1941) que diz em seu artigo 70 "A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução."

No entanto, a decisão segue a contrassenso dos precedentes do mesmo tribunal, pois este entende que o local de consumação dos crimes praticados na internet é a localidade a qual o autor veicula a ofensa. Tal entendimento, que por hora vem sendo aplicado pacificamente há dez anos, merece ser debatido.

CRIME CONTRA A HONRA PRATICADO PELA INTERNET.NATUREZA FORMAL. CONSUMAÇÃO NO LOCAL DA PUBLICAÇÃO DO CONTEÚDO OFENSIVO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE PARA O CONHECIMENTO E JULGAMENTO DO FEITO. 1. Crimes contra a honra praticados pela internet são formais, consumando-se no momento da disponibilização do conteúdo ofensivo no espaço virtual, por força da imediata potencialidade de visualização por terceiros. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitante para o conhecimento e julgamento do feito." (CC 173.458/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2020, DJe 27/11/2020.).

Ainda que o julgado supracitado verse sobre o processamento e julgamento dos crimes de calúnia e difamação, aqueles que a consumação se dá após a veiculação da ofensa e o acesso desta por terceiros, potencializado através da fácil disseminação de informações na internet, não há dúvidas que o bem jurídico tutelado, a honra objetiva da vítima, é maculada, principalmente, perante o seu ciclo social, dentre os seus familiares, amigos e colegas de trabalho.

Destarte, ao considerar do local da publicação das ofensas a localidade da consumação e, por conseguinte, fixando neste a competência, o Tribunal adota a teoria da atividade, na contramão da lei processual penal brasileira que em seu artigo 70 dispõe sobre teoria do resultado.

Ademais, a partir de toda a reflexão trazida, é possível destacar que o critério de fixação de competência para o processamento e julgamento dos crimes contra a honra influi diretamente na aplicação da lei penal, no acesso das vítimas à justiça e a punição dos criminosos que se valem do distanciamento para com as vítimas e a dificuldade na localização das postagens para seguirem praticando tais crimes, hodiernamente, reverberando a falsa crença de que a internet é uma “terra sem lei”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base naquilo que foi exposto, caso ocorra a violação da honra de um indivíduo no ambiente digital, estará fixada a competência para processamento e julgamento da ação penal onde a vítima toma conhecimento da ofensa a sua honra, conforme entendimento jurisprudencial atualizado.

Com isso, é possível observar que além da preocupação do legislador penal em punir de forma mais gravosa os crimes contra a honra se praticados no âmbito virtual, os órgãos julgadores também se atentam a necessidade de facilitar o acesso da vítima à justiça, quebrando assim, o ciclo da sensação de impunidade quanto aos delitos praticados na internet.

Conquanto, confirma-se também que sem a estruturação da cadeia investigativa dos órgãos de segurança pública, não há a identificação dos criminosos e sem identificação, não há a aplicação da lei penal e, tampouco o processamento e julgamento.

Ao fim, é correto afirmar que a internet não é uma “terra sem lei” e cabe ao Estado atentar-se a proteção dos bens juridicamente protegidos, dentro e fora do ambiente virtual, demonstrando aos usuários de que suas atitudes enquanto internautas geram consequências jurídicas.

6 REFERÊNCIAS

BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTO, Giovani Celso. *Combate às fake News: doutrina e prática*. 1.ed. São Paulo: Posteridade, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal (parte especial)*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2, 585 p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 20 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm#art810 Acesso em 20 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (3. SEÇÃO). CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. INJÚRIA. INTERNET. UTILIZAÇÃO DO INSTAGRAM DIRECT. CARÁTER PRIVADO DAS MENSAGENS. INDISPONIBILIDADE PARA ACESSO DE TERCEIROS. CONSUMAÇÃO. LOCAL EM QUE A VÍTIMA TOMOU CIÊNCIA DAS OFENSAS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. SUSCITANTE : JUÍZO FEDERAL DA 4A VARA DE CAMPINA GRANDE - SJ/PB SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 12A VARA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE BRASÍLIA - SJ/DF. Relatora Min.Laurita Vaz, 09 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2133921&num_registro=202103636853&data=20220215&formato=PDF . Acesso em 20 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (3. SEÇÃO). CRIME CONTRA A HONRA PRATICADO PELA INTERNET. NATUREZA FORMAL. CONSUMAÇÃO NO LOCAL DA PUBLICAÇÃO DO CONTEÚDO OFENSIVO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE PARA O CONHECIMENTO E JULGAMENTO DO FEITO. SUSCITANTE: JUÍZO ESPECIAL CRIMINAL DE BLUMENAU-SC. SUSCITADO: JUÍZO DE BIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DO FORO DA BARRA FUNDA - SÃO PAULO - SP. Relator Min. João Otávio de Noronha, 25 de novembro de 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27CC%27.clap.+e+@num=%27173458%27\)+ou+\(%27CC%27+adj+%27173458%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27CC%27.clap.+e+@num=%27173458%27)+ou+(%27CC%27+adj+%27173458%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) . Acesso em 26 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (3. SEÇÃO). CRIME CONTRA A HONRA PRATICADO PELA INTERNET. NATUREZA FORMAL. CONSUMAÇÃO NO LOCAL DA PUBLICAÇÃO DO CONTEÚDO OFENSIVO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE PARA O CONHECIMENTO E JULGAMENTO DO FEITO. SUSCITANTE: JUÍZO ESPECIAL CRIMINAL DE BLUMENAU-SC. SUSCITADO: JUÍZO DE BIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DO FORO DA BARRA FUNDA - SÃO PAULO - SP. Relator Min. João Otávio de Noronha, 25 de novembro de 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27CC%27.clap.+e](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27CC%27.clap.+e)

[+@num=%27173458%27\)+ou+\(%27CC%27+adj+%27173458%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](#) . Acesso em 26 set. 2022.

BRUNO, Aníbal. Crimes contra a pessoa. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte especial. 19. ed. Barueri: Atlas, 2022.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: volume 1: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 24. ed. Barueri: Atlas, 2022

HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio moral: A violência perversa do cotidiano. 2. ed. p. 28. São Paulo: Bertrand, 2002.

JESUS, Damásio de. Direito penal: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2020

JESUS, Damásio de; Milagre, José Antionio. Manual de crimes informáticos. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito penal: parte especial. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**PLANEAMIENTO TRIBUTARIO: LA NECESIDAD DE UNA VERDADERA NORMA
GENERAL ANTIABUSO PARA EL BRASIL**

STELIO GIRÃO ABREU: Auditor Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará.

Disertación presentada para el Programa de Posgraduación *stricto sensu* con vistas a la obtención del título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA).

Orientador: Prof. Dr. Joaquim Miranda

Buenos Aires



UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO
Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**PLANEAMIENTO TRIBUTARIO: LA NECESIDAD DE UNA
VERDADERA NORMA GENERAL ANTIABUSO PARA EL BRASIL**

STELIO GIRÃO ABREU: Auditor
Fiscal da Secretaria da Fazenda do
Estado do Ceará.

Disertación presentada para el
Programa de Posgraduación *stricto
sensu* con vistas a la obtención del
título de Doctor en Ciencias Jurídicas
y Sociales de la Universidad del
Museo Social Argentino (UMSA).

Orientador: Prof. Dr. Joaquim Miranda

Buenos Aires

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo a análise do ordenamento jurídico brasileiro visando o combater o planejamento tributário abusivo, ressaltando a necessidade de criação de Normas Gerais Anti-abuso que possa possibilitar o fim almejado. Além disso, pretende-se demonstrar, que, nos dias atuais, o Direito Tributário utiliza-se cada vez mais dos tipos legais, de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais. Por meio da exposição do desenvolvimento do conceito de simulação, procurou-se destacar sua relação estreita com o conceito de negócio jurídico que liga-se basicamente às ideologias que influenciaram cada escola do pensamento jurídico. Essa exposição teve por finalidade demonstrar que vem sendo modelado, no Direito Tributário, um conceito de simulação para fundamentar a desconsideração de condutas elusivas, cometidas com fraude à lei, abuso de direito, abuso de forma. Buscou-se fundamentar o entendimento de que a norma contida no parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional é mera explicitação de uma regra geral antielusiva ínsita no ordenamento jurídico brasileiro. O planejamento tributário com o objetivo de pagar menos impostos é prática legítima de todo contribuinte. O Brasil ainda carece de uma legislação que reprima e puna o abuso no planejamento tributário. Conclui-se que a regulamentação do planejamento tributário deve ocorrer mediante as regras gerais antielisivias (*general anti-avoidance rule*). Defende-se que sejam fixados critérios, dos mais objetivos possíveis, que possam limitar e nortear, tanto os procedimentos das autoridades fiscais e julgadoras, como os dos contribuintes.

Palavras-chave: Legalidade e Tipicidade Tributárias. Simulação. Norma Geral Antieliativa. Planejamento Tributário Abusivo. Desconsideração Pelo Fisco. Necessidade de criação de uma Norma Geral Antiabusiva.

ABSTRACT

This thesis aims at the analysis of Brazilian legislation to fight against abusive tax planning, emphasizing the need to create general rules against abuse that enable the desired goal. In addition, it intends to show that, at present, tax law increasingly uses legal types of undefined juridical concepts and general clauses. The exposure on the development of the concept of simulation pursued to highlight its close relationship with the concept of juridical business, which is basically linked to the ideologies that influenced each school of legal thought. This research aimed to show that in Tax Law it is being modeled a concept of simulation to support contempt for the elusive behavior committed with infringement to the law, abuse of right, abuse of form. The purpose was to support the understanding that the provision in the single paragraph of Article 116 of the National Tax Code is a mere explanation of a general anti-abuse rule inherent in the Brazilian legal system. Tax planning in order to pay fewer taxes is a legitimate practice of every taxpayer. Brazil still lacks legislation to repress and punish abusive tax planning. The conclusion is that the regulation of tax planning must occur through general anti-abuse rules. It is imperative to set criteria, as objectives as possible, which may limit and guide both the procedures of tax and judgment authorities, and those of taxpayers.

Keywords: Legality and tax criminality. Simulation. General Anti-avoidance rule. Abusive tax planning. Disregard by fiscal authority. Need to create a General Anti-abuse Rule.

RESUMEN

Esta tesis tiene como objetivo el análisis de la legislación brasileña destinada a combatir el planeamiento tributario abusivo, haciendo hincapié en la necesidad de crear normas generales contra el abuso que posibiliten el fin deseado. Además, tiene la intención de demostrar que, en la actualidad, el derecho tributario utiliza cada vez más los tipos legales de conceptos jurídicos indeterminados y de cláusulas generales. Por medio de la exposición sobre el desarrollo del concepto de simulación, se procuró destacar su estrecha relación con el concepto de negocio jurídico que se liga, básicamente, a las ideologías que influenciaron cada escuela del pesamiento jurídico. Esta exposición tuvo como objetivo demostrar que se viene modelando, en el Derecho Tributario, un concepto de simulación para fundamentar el desprecio por las conductas elusivas cometidas con fraude a la ley, abuso de derecho, abuso de forma. Se buscó fundamentar la comprensión de que la disposición en el párrafo único del artículo 116 del Código Tributario Nacional es mera explicitación de una regla general antielusiva ínsita en el sistema jurídico brasileño. La planificación fiscal con el fin de pagar menos impuestos es una práctica legítima de todo contribuyente. El Brasil aún carece de una legislación para reprimir y castigar el abuso en el planeamiento tributario. Se concluye que la reglamentación de la planificación fiscal debe producirse mediante reglas generales antielisivias (*general anti-avoidance rule*). Se argumenta que sean fijados criterios, de los más objetivos posibles, que puedan limitar y orientar tanto a los procedimientos de las autoridades fiscales y juzgadoras, como a los de los contribuyentes.

Palabras clave: Legalidad y tipicidad tributarias. Simulación. Norma General Antielusiva. Planeamiento tributario abusivo. Desconsideración por el Fisco. Necesidad de crear una Norma General Antiabusiva.

SUMÁRIO: INTRODUCCIÓN. CAPÍTULO 1. EL PLANEAMIENTO TRIBUTARIO. 1.1 BREVES CONSIDERACIONES. 1.2 SUSTITUCIÓN DE PATRONES. 1.3 EL DERECHO SUBJETIVO DE EXIGIR Y EL DEBER DE OBEDECER. 1.4 INTENTO DE DELIMITACIÓN DE LA LICITUD Y ESPECIFICACIÓN DE LA ILICITUD. 1.5 DIFERENCIACIÓN DE LA ELISIÓN Y LA EVASIÓN. 1.6 DEFINICIÓN DE PLANEAMIENTO TRIBUTARIO. 1.7 DEFINICIÓN DE ABUSO. 1.8 DIFERENCIACIÓN Y CONCEPTO DE FRAUDE FISCAL Y DE FRAUDE A LA LEY FISCAL. 1.9 EL FALSEAMIENTO DE LA REALIDAD: SIMULACIÓN Y DISIMULACIÓN. 1.10 CONCEPTUANDO EL ABUSO DE FORMA Y EL ABUSO DE DERECHO. 1.11 LA TIPIFICACIÓN DEL PROPÓSITO COMERCIAL (BUSINESS PURPOSE). 1.12 LA TIPIFICACIÓN DE LA CONDUCTA ILÍCITA COMO DELITO TRIBUTARIO. CAPÍTULO 2 EL PLANEAMIENTO TRIBUTARIO DENTRO DEL CONTEXTO MUNDIAL. 2.1 DESARROLLO HISTÓRICO DEL PLANEAMIENTO TRIBUTARIO. 2.2 LA REALIZACIÓN DEL PLANEAMIENTO TRIBUTARIO EN LOS PAÍSES DEL COMMON LAW Y DEL CIVIL LAW. 2.3 MANIFESTACIÓN DEL PLANEAMIENTO TRIBUTARIO EN EL MUNDO. 2.4 EL CONTEXTO ALEMÁN. 2.6 EL CONTEXTO DE LOS ESTADOS UNIDOS. 2.7 EL CONTEXTO FRANCÉS. 2.8 EL CONTEXTO ITALIANO. 2.9 EL CONTEXTO INGLÉS. 2.10 EL CONTEXTO PORTUGUÉS. 2.11 EL CONTEXTO DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA. CAPÍTULO 3. DESARROLLO DEL PLANEAMIENTO TRIBUTARIO EN EL BRASIL. 3.1 EL DESARROLLO HISTÓRICO-LEGISLATIVO. 3.2 LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA Y EL PLANEAMIENTO TRIBUTARIO. 3.3 LAS NORMAS ANTIABUSO. 3.4 ANÁLISIS DE LA LEY COMPLEMENTARIA Nº 104/2001. 3.5 LA DEMORA EN LA CREACIÓN DE LEY O CLÁUSULA GENERAL, EN EL BRASIL, CONTRA EL PLANEAMIENTO TRIBUTARIO ABUSIVO. 3.6 PRESUPUESTOS PARA LA POSIBLE DESCONSIDERACIÓN DE ACTOS, NEGOCIOS Y PERSONALIDAD JURÍDICA 3.7 ACTUAL CONJETURA DE APLICACIÓN DE LA DESCONSIDERACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. 3.8 LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA Y LA FORMA DE APLICACIÓN DE LA DESCONSIDERACIÓN DE ACTOS, NEGOCIOS Y PERSONALIDAD JURÍDICA. 3.9 AUSENCIA DE UNIFORMIDAD Y COHERENCIA EN LA JURISPRUDENCIA Y EL CONSECUENTE ACTIVISMO ADMINISTRATIVO. CAPÍTULO 4. NECESIDAD DE UNA NORMA GENERAL ANTIABUSO BRASILEÑA (NGAA). 4.2 LAS TAX ALERTS: CONCEPTO Y APLICACIÓN. 4.3 EL DEBIDO PROCESO LEGAL DENTRO DEL PROCESAMIENTO DE UNA NGAA EN EL BRASIL. 4.4 FORMAS DE FISCALIZACIÓN Y CARGA DE LA PRUEBA 4.5 LA MEDIDA PROVISORIA Nº 685/2015 E SUA CONVERSIÓN EN LA LEY Nº 13.202/2015. 4.6 EL PELIGRO DE LA EROSIÓN DE BASE. FUGA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUYENTES DE LA RENTA. 4.7 LA CONVERSIÓN DE LA MP Nº 685 EN LA LEY Nº 13.202/2015. AUSENCIA DE UNA VERDADERA NGAA. CONCLUSIÓN. REFERENCIAS.

INTRODUCCIÓN

La materia planeamiento tributario provoca feroces discusiones, tanto que, a veces, terminan mitigando la imperiosa imparcialidad que la apreciación de la cuestión requiere y, dependiendo de la posición que tuviere el que debate, se altera el abordaje y los argumentos para justificar el concerniente punto de vista. Quedan, así, de un lado los contribuyentes, en la defensa del legítimo interés de economizar tributos en virtud de los derechos y garantías fundamentales de la autonomía privada, así como la libertad de negociación, patrimonial y de seguridad jurídica; y, por otro lado, el Fisco, en el derecho de buscar los recursos necesarios para que el Estado alcance sus objetivos y responda al interés público de proveer la igualdad, la solidaridad, la capacidad contributiva y hacer justicia fiscal.

Se resalta que no existe ilicitud o violación de la ley en la utilización de medidas de planeamiento tributario. De esta forma, se acepta que todo planeamiento tributario es considerado lícito, legítimo y un derecho del ciudadano. Pero, siempre que se trate de un planeamiento tributario válido. Se reconoce que en el manejo de los planeamientos tributarios pueden darse algunos excesos por parte de los contribuyentes que anhelan una reducción de la carga tributaria, los cuales pueden derivar en abusos, aunque no se haya violado la ley para alcanzar esta reducción.

De este modo, se debe considerar, como abuso, la utilización ilegítima, no moderada o excesiva de poderes o derechos que son contrarios a las buenas costumbres, siendo aquella conducta resultante de un acto en que no hay ninguna violación que represente infracción a las hipótesis de incidencias legales que generan tributos.

Es verdad que, con la edición de la Ley n° 13.202/15 surge, en el ordenamiento jurídico brasileño, un intento de encuadrar el abuso, como infracción o conducta pasible de rechazo, no obstante, existe una imposibilidad material de que las leyes puedan prever todas las posibles hipótesis y se anticipen a la dinámica de las relaciones de negocios en el mundo moderno globalizado que se vive, en la era de las negociaciones virtuales. Lo que caracteriza el abuso, los criterios para su encuadramiento,

los límites y los procedimientos que pueden llevar al rechazo de actos o negocios abusivos, estos deberán estar expresamente previstos en ley, bajo pena de avalar las estructuras del orden jurídico, abriendo espacio para el activismo administrativo, que podrá resultar en el abuso del cobro de tributos.

Se verifica que, las legislaciones de la mayor parte de los países, caminan hacia la tendencia de capturar las conductas abusivas, que se caracterizan por la realización del único objetivo de reducir el tributo, lo que resulta en la necesidad de hacer una ponderación entre la legalidad, la libertad y la seguridad jurídica, y la igualdad, la capacidad contributiva, la solidaridad y la competencia fiscal.

Para que un acto o negocio sea considerado como un verdadero planeamiento tributario, es necesario que todo se dé de hecho, que exista en el mundo real y pueda probarse su materialidad. He aquí la gran dificultad en el examen de la cuestión que atormenta a los aplicadores y a los juzgadores de los casos concretos, que da lugar a la inseguridad e los inversores y contribuyentes que actúan de buena fe, en la confianza legítima de que no están infringiendo ningún comando legal. ¿Podrá el Fisco, en esta hipótesis, cobrar tributo e imponer penalidad?

CAPÍTULO 1. EL PLANEAMIENTO TRIBUTARIO

1.1 BREVES CONSIDERACIONES

Es muy frágil la línea que delimita los comportamientos del sujeto pasivo que se consideran lícitos y, por lo tanto, elisivos por estar cubiertos por la ley, y los comportamientos que podrán ser ilícitos, por sobrepasar la frontera y adentrarse en el campo de la evasión, por ser considerados infracción o contrarios a la ley, pudiendo, inclusive, configurarse en delito tributario.

Debido a esta realidad, pueden existir equívocos y confusiones en ocasión de la realización de la interpretación y en la aplicación de la norma tributaria, lo que de hecho viene ocurriendo en la jurisprudencia administrativa brasileña. Empeñados en siempre combatir los planeamientos tributarios, y en la práctica, en virtud de la falta de ley y de una NGAA, se da una búsqueda férrea por toda la normativa vigente para intentar realizar un encuadramiento legal que pueda sustentar el cobro de tributo y la imposición de penalidades. No es una tarea fácil la identificación de los comportamientos del contribuyente, en el sentido de distinguir el comportamiento lícito del ilícito.

Conforme Antonio Carlos Santos (2009, p. 66), en el Brasil, a partir del 2000, se inició un fuerte combate al planeamiento tributario, inicialmente desarrollado por las autoridades fiscales y, aproximadamente, en el año 2005, también por la jurisprudencia. Este combate se dio con el fundamento de realizar la igualdad, capacidad contributiva y hacer justicia fiscal. Pero, la ausencia de ley que discipline los criterios y procedimientos para este combate hizo posible el surgimiento de diferentes hipótesis, teorías, lo que se puede llamar jurisprudencia fundamentada en sentimientos personales de justicia fiscal.

La falta de rigor científico y de una profundización en el manejo de figuras tipificadas en otras legislaciones o en precedentes extranjeros ha hecho que se camine en un ambiente peligroso e inseguro, donde cada

autoridad quiere desarrollar un criterio o precedente propio, aplicándose indiscriminadamente la diversidad de criterios adoptados por los ordenamientos jurídicos de los demás países, de tradición *common law* y *civil law*.

En la jurisprudencia administrativa se constata que, para conductas idénticas, se han aplicado interpretaciones y encuadramientos desiguales. Muchas veces, para una misma conducta y en un mismo proceso de constitución de criterio tributario, cada autoridad fiscal o juzgadora, en diferentes instancias, a lo largo del curso del proceso administrativo, interpreta que se ha dado una infracción diferente y va modificando los fundamentos y motivos de actuación, en clara violación al contradictorio, a la amplia defensa y al debido proceso legal. Este es el motivo por el cual, ante la inseguridad que produce sobre el trato del planeamiento tributario, debe ser admitido el combate al abuso, no obstante, exclusivamente en los límites delineados por la ley, en vista que no hay como huir de la estricta legalidad para cobrar tributos, siendo esta la forma menos insegura de regular la relación entre el Fisco y el Contribuyente.

Es imprescindible diferenciar el abuso de la evasión, ya que esta se configura por medio de la práctica de infracción a la legislación, o de la simulación, o del fraude. Frente a la diversidad de categorías, por lo tanto, deberá hacerse una distinción en la interpretación y en la imposición de la sanción. Además de esto, la dosimetría de las sanciones deberá tener en cuenta la buena fe, la no retroactividad y la proporcionalidad, para que sea posible un resultado más seguro.

El gran desafío para la Administración Tributaria, para el contribuyente y para los órganos juzgadores, es cómo será posible identificar, ante la complejidad de las relaciones que se dan con extrema rapidez en el actual mundo globalizado, cuándo un acto, operación o negocio, es un verdadero planeamiento que debe ser acogido, o cuándo este sobrepasa el tenue liminar de lo lícito y se transforma en abuso, incluso sin violar la ley, aunque no haya violación de la ley ni sea practicada infracción expresamente prevista en la ley.

La respuesta a este cuestionamiento es un desafío que debe ser perseguido por todos, legisladores y operadores del derecho. ¿La Administración Tributaria tiene la posibilidad de no considerar actos, operaciones, contratos y negocios en que hayan sido obedecidas todas las leyes societarias, civiles y fiscales, reglas contables, reglas formales, hayan sido registrados en los órganos públicos, informados y declarados a los Fiscos, federal, estatal y municipal e, incluso, pagos tributarios que hayan sido realizados, exclusivamente, para disminuir la incidencia de tributación? Solo podrá ser considerada, como planeamiento tributario, la conducta que fuera lícita y este de acuerdo con la ley. Surgen dudas, todavía, cuando no existe ilicitud o violación de ley, pero se identifica que el sujeto pasivo realizó negocios solo para obtener una reducción de tributos. ¿Cómo identificar el exacto momento en que el límite se sobrepasa? ¿Es posible fijar, por medio de ley, criterios objetivos que puedan dar mayor seguridad a los agentes del Fisco y a los contribuyentes?

Es notorio que existe una búsqueda cada vez mayor de recaudación de tributos, lo que intensifica la carga tributaria, y que, justamente, los contribuyentes buscan disminuir su carga tributaria. Es innegable que no existe una adhesión voluntaria al pago de tributos, y difícilmente la obligación de pagar tributo sea cumplida sin sanción. Se trata de una obligación *ex lege*. La expropiación patrimonial es admitida para fines tributarios, como un gasto social justificado, en vista de que le posibilita, al Estado, de tener recursos y cumplir sus fines. Por tal motivo, es que esta expropiación legal de los bienes del particular, exclusivamente, puede darse en los exactos límites de la ley tributaria.

De esta forma, se propone la creación de una Norma General Antiabuso (NGAA) para el Brasil. No de una norma antielisiva, ya que sería absolutamente inconstitucional una ley que tuviese la finalidad de capturar y combatir todos los planeamientos tributarios lícitos, pues resultaría en una restricción total a la libertad y a la autonomía privada, sino una norma que prescriba las conductas abusivas pasibles de ser rechazadas por el orden jurídico. El ordenamiento jurídico, en pos de otros valores, solamente podrá

aceptar que sean rechazados los actos y negocios practicados con abuso, pero esto caracterizado en los términos de la ley.

En ocasión de la visualización y distinción de lo lícito, del abuso y de lo ilícito, se resalta la importancia de percibirse algunas señales de alerta (*tax alert*), que podrán orientar tanto a los contribuyentes, de forma previa o para fines de corrección de rumbos, como a las autoridades fiscales en la identificación de conductas que podrán, o no, configurar indicios de abusos, infracciones o crímenes tributarios.

1.2 SUSTITUCIÓN DE PATRONES

La necesidad de alcanzar la verdadera capacidad contributiva, la solidaridad, la igualdad, es el argumento que justifica el cambio de paradigma en lo que se refiere a la forma de visualizar los planeamientos tributarios, además, también, de los argumentos de evitarse la competencia desleal y realizar la justicia fiscal.

Tales argumentos son legítimos y considerables, incluso, en sus orígenes, el rechazo al planeamiento tributario surgió, no solo de los pensamientos sociales, sino también por razones económico-políticas, principalmente debido a la necesidad de los Estados de tener un aumento en la recaudación, los cuales buscan obtener nuevos recursos sin que exista aprobación de nuevas leyes que aumenten los tributos. Por otro lado, los contribuyentes, en el afán de disminuir la carga tributaria e, incluso, debido al gran riesgo que la evasión representa, sobre todo en los tiempos modernos en que se dio un perfeccionamiento de la máquina tributaria, debido a la modernización de los medios de cobro de los tributos, con la implementación de tecnologías digitales, como declaraciones virtuales y control *full time* del fisco, esto ha contribuido al aumento de nuevas maneras de planeamiento tributario, a veces, con el uso de artimañas que pueden derivar en abuso.

Han sido recurrentes los escándalos resultantes de la habilidad fiscal-contable de grandes corporaciones, hecho este que derivó en el

crecimiento del combate, tanto de la evasión fiscal, como de la elusión fiscal. Así, la notoriedad de estos escándalos, junto con el necesario aumento de la recaudación, contribuye al rechazo del planeamiento tributario. No obstante, esto no justifica que los medios utilizados para acabar con las artimañas practicadas por los contribuyentes resulten, igualmente, abusivas, es decir, que el Estado actúe con abuso de poder en el intento de disminuir sus perjuicios, bajo el argumento de que tiene el deber de proteger el orden jurídico. Los eventuales abusos serían inconstitucionalidades, y las “inconstitucionalidades no se compensan”, conforme reconsideró la Ministra Ellen Gracie, en el AC 2611/MG:

Reviendo los autos, a la luz el agravio regimental interpuesto por la empresa requirente, verifico que, aunque la cuestión pudiese desafiar una solución infraconstitucional, también presenta consistente fundamentación constitucional, amparada en precedentes de esta Corte. Es que el Estado de Minas Gerais, no conforme con la inconstitucionalidad de crédito de ICMS, concedido por el Estado de Goiás, habría glosado parcialmente la apropiación de créditos en las operaciones interestatales, con esto ofendiendo la sistemática de la no acumulación de este impuesto y la alícuota interestatal fijada por el Senado, ambas con asiento constitucional. Entendiendo, pues, que existe una relevante discusión de índole constitucional, de modo que es caso para reconsiderar la decisión recurrida y de conocer el pedido de liminar. 4. La pretensión de suspensión de la exigibilidad del crédito, con la consecuente suspensión de la ejecución fiscal, merece acogida. Hay un fuerte fundamento de derecho en el alegato de que el Estado de destino de la mercadería no puede restringir o glosar la apropiación de créditos de ICMS cuando son destacados los 12% en la operación interestatal, aunque el Estado de origen haya concedido crédito presumido al establecimiento allá situado, reduciendo, así, en la práctica, el impacto de la tributación. Nótese que el crédito otorgado por el Estado de Goiás redujo el monto que la empresa debía pagar, pero no implicó el apartamiento de la incidencia del tributo, tampoco el destaque, en la nota, de la alícuota propia de las operaciones interestatales. Aunque el beneficio haya sido concedido por el Estado de Goiás, sin autorización suficiente en Convenio, se muestra bien fundado el alegato de que la glosa realizada por el Estado de Minas Gerais no se sustenta. Esto porque la incidencia

de la alícuota interestatal hace surgir el derecho de no acumulación constitucionalmente asegurada por el art. 155, § 2º, I, de la Constitución y en la alícuota establecida en Resolución del Senado, cuya atribución deriva del art. 155, § 2º, IV. No es dado, al Estado de destino, mediante glosa a la apropiación de créditos en las operaciones interestatales, negar efectos a los créditos apropiados por los contribuyentes. Conforme ya fue destacado en la decisión recurrida, el Estado de Minas Gerais puede argüir la inconstitucionalidad del beneficio fiscal concedido por el Estado de Goiás en sede de Acción Directa de Inconstitucionalidad, siendo cierto que este Supremo Tribunal ha conocido y juzgado diversas acciones involucrando tales conflictos entre Estados, de lo que es ejemplo la ADI 2.548, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 15.6.2007. Pero la pura y simple glosa de los créditos apropiados no es aceptada, por cuanto no se compensan las inconstitucionalidades, en los términos de lo que decidió este tribunal cuando apreció la ADI 2.377-MC, DJ 7.11.2003, cuyo relator fue el Min. Sepúlveda Pertence: “2. Las normas constitucionales, que imponen disciplina nacional al ICMS, son preceptos contra los cuales no se puede oponer la autonomía del Estado, en la medida en que son explícitas limitaciones. 3. El propósito de tomar represalias a precepto de otro Estado, adolece de la misma balda, no valida la represalia: inconstitucionalidades no se compensan”. El riesgo de daño está presente en el hecho de que la sede administrativa de la requirente está en la inminencia de ser subastada. 5. La pretensión manifestada por la requirente no equivale, propiamente, a la simple atribución de efecto suspensivo al recurso extraordinario. Para que sea obstado el curso de la Ejecución Fiscal, se hace necesaria la concesión de tutela con tal efecto, conforme ya fue destacado por este Tribunal, en ocasión del Juzgamiento de la AC 2051 MC-QO, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe 9.10.2008. La pretensión, pues, en verdad, exige la suspensión de la exigibilidad del crédito tributario. 6. Ante lo expuesto, reconsidero la decisión anterior, conozco de la acción cautelar y concedo medida liminar para suspender la exigibilidad del crédito tributario en cobranza, en los términos del art. 151, V, del CTN, suspendiendo, con esto, la ejecución y los respectivos actos expropiatorios (STF - Supremo Tribunal Federal - Acción Cautelar AC 2611/MG, Minas Gerais. Medida Cautelar en Acción Cautelar. Relatora: Ministra Ellen Gracie, 25/6/2010).

Se verifica que este cambio de paradigma se trata de una política con un intenso reclamo popular, en la cual la jurisprudencia efectúa relecturas de las leyes en el intento de impedir acciones abusivas del contribuyente y corregir este desvío. Gran parte de los jueces creen que esta tarea es la concreción de la justicia fiscal.

Los estudiosos del Derecho siempre se quejan, tanto de la complejidad, como de la calidad de las leyes tributarias, pero no es fácil decir quién es el real responsable por esta aplicación. Se puede decir que es el legislador quien no posee el conocimiento o diligencia necesaria cuando se da la aprobación de proyectos de leyes o de medidas provisorias enviadas por el Ejecutivo. Se puede, también, responsabilizar al ejecutivo, que anhela aumentar la recaudación para el Estado, a pesar de no poner a disposición servicios de calidad a los ciudadanos, como contraprestación. La responsabilidad también puede recaer en el Judicial, que acaba por ratificar esta necesidad de recaudar cuando profiere su decisión ante un caso concreto *sub analisi*. Incluso, la responsabilidad puede conferírsele a los agentes de hacienda que, por falta de amparo legal que posibilite combatir el abuso de los planeamientos tributarios, aplican sus ideas, sustituyendo al legislador con el propósito de hacer justicia tributaria, practicando un verdadero activismo administrativo. No queda afuera el ciudadano-contribuyente, que puede ser responsabilizado por los medios lícitos e ilícitos utilizados en el intento de pagar menos tributos, pero al mismo tiempo, cobra por servicios públicos eficaces y de calidad.

Se constata la existencia de un círculo vicioso que sustenta esta tensión en la relación tributaria. Se tiene, por un lado, al Estado, que busca siempre aumentar sus recursos, debido al aumento constante de sus gastos, impone el constante crecimiento de la recaudación. Por otro lado, el contribuyente, la mala calidad de los servicios públicos, así como la carga tributaria excesiva, que ocasionan un aumento de los gastos, sirven de protección para justificar la utilización de artimañas utilizadas para reducir al máximo su carga. Por consecuencia, reduce la recaudación y legitima nuevos aumentos de tributos para equilibrar las cuentas públicas.

La visualización de la legalidad tributaria está relacionada con la etapa de evolución jusfilosófica-ideológica-política de los pueblos. El Estado pasó de la fase liberar de los siglos XVIII y XIX, época en que imperaba el individualismo, el formalismo y la estricta legalidad, es decir, la ley era un contrato entre el Estado y el ciudadano, caminando por el Estado Social del siglo XX o el Estado Pos Social del siglo XXI, donde lo preponderante es la solidaridad y la responsabilidad social, por este motivo, crece la necesidad de tener una mayor recaudación para que el Estado tenga condiciones de soportar costos mayores. Además de esto, en el transcurso del tiempo, las crisis económicas también imponen un debilitamiento de la legalidad estricta. No es necesario profundizar en cuestiones económico sociales para verificar la existente coincidencia entre el inicio del rigor y del rechazo a la reducción de los tributos por medio de planeamientos tributarios y la incorporación de la interpretación económica de los negocios y operaciones, con repercusiones en la Alemania e Italia en 1919, luego de la Primera Guerra Mundial, y la Gran Depresión de los EE.UU. en 1929.

Conforme piensa Antônio Carlos Santos (2009, p. 77), el análisis del combate al planeamiento tributario y los límites entre los comportamientos lícitos y los ilícitos envuelven, necesariamente, cuestiones no solo jurídicas, sino también deben ser examinadas bajo la óptica de la influencia de presupuestos.

... jusfilosóficos e ideológicos, principalmente por el lugar que se atribuye a la relación jurídico-política, al Estado y a los ciudadanos (contribuyentes). De hecho, se verifica que incluso en los Estados que se autorrepresentan como liberales, la adopción de una visión oscila entre la visión liberal mitigada y la óptica social-comunitaria.

Independientemente del régimen político, los gobiernos, ante la dificultad de aumentar su recaudación, por medio de la imposición de nuevos tributos o aumentando alícuotas, acaban haciendo una relectura de las mismas leyes para alcanzar sus objetivos. Esto ocurre debido a la dificultad de aprobación de nuevas leyes y es un hecho que ocurre en todo

el mundo, incluso, cada ordenamiento jurídico tiene sus particularidades advenidas de su coyuntura histórica y de los regímenes y conceptos seguidos.

Se inició una exasperación mayor en el rechazo y en el combate a los planeamientos tributarios, a partir de mediados del siglo XX. Inicialmente, la jurisprudencia actuaba de manera irresoluta, pero con el transcurso del tiempo fue edificando precedentes que, posteriormente, sirvieron para fundamentar la aprobación de leyes que contenían cláusulas generales para combatir los planeamientos tributarios considerados abusivos. Este fue un suceso general que se dio en la mayoría de los países, es llamada Cláusula General Antiabuso (CGAA) o GAAR (*General Anti-avoidance Rule*).

En la actualidad, los sistemas del *civil law* (CGAA) y *common law* (GAAR) tienden a aproximarse cada vez más. Se verifica que los países de origen romano-germánico dieron mayor apertura a la posibilidad de aplicación de precedentes, con los dichos *leading case*. Y, en los países de origen anglosajón, las leyes que definían los límites para el combate a los planeamientos tributarios, con el objetivo de solo reducir impuestos, comenzaron a ser aprobadas.

Es importante resaltar que, en los grandes juzgados de la *Supreme Court* de los EE.UU. y de la *House of Lords* del Reino Unido, o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), países estos que poseen tradición jurisprudencial, se instituyeron criterios que sirvieron para dirigir e identificar el planeamiento tributario abusivo, puntuando la tenue línea de que lo lícito era sobrepasado por lo ilícito.

Sucedo que, en el Brasil, la confrontación y el rechazo a los planeamientos tributarios viene siendo hecho por el Fisco, la Recaudación Federal del Brasil (RFB), principalmente por medio de las Delegaciones de Mayores Contribuyentes (DEMAC) y las Delegaciones de las Instituciones Financieras (DEINF), y, a partir del año 2005 fueron hechas con más severidad, ratificado por la jurisprudencia administrativa, esto porque no fueron muchos los casos ya examinados por el Supremo Tribunal Federal (STF). Este análisis de los juzgamientos administrativos, estos han

demostrado justificaciones sin uniformidad, congruencia y, algunas, mediocres estabilidades en el uso de los conceptos y figuras jurídicas. Es importante reiterar que, casos idénticos son juzgados bajo la argumentación y encuadramiento de figuras jurídicas diferentes. A despecho de haber tenido la aprobación de un intento del CGAA, a través de la Ley Complementaria 104/2001, esta ley, no fue aplicada por falta de reglamentación, y esta coyuntura fue creada por la propia ley. En este contexto, se debe discutir la legitimidad del empleo de esta regla para los fines antielisivos ansiados. La constitucionalidad de esta ley está siendo discutida en el STE, por medio de Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) N° 2446/2001 (Relatora Ministra Cármem Lúcia).

Dentro de este contexto, es importante aclarar que, en la Receta Federal del Brasil (RFB), existen comisarías individualizadas, creadas para el combate de los planeamientos tributarios, son ellas: Delegación Especial de Recaudación Federal del Brasil de Instituciones Financieras (DEINF) y la Delegación Especial de Recaudación Federal del Brasil de Mayores Contribuyentes (DEMAC). Los Auditores Fiscales de la Recaudación Federal del Brasil (AFRB), responsables por estas delegaciones, son intensamente especializadas y capacitadas para fiscalizar operaciones de planeamiento tributario. En cada Región Fiscal, no obstante, existen equipos igualmente especializados que desarrollan el mismo trabajo.

La jurisprudencia ha firmado el entendimiento de que los planeamientos tributarios ya no serán aceptados. No se tiene una certeza jurídica en cuanto al objeto de este rechazo. Así, cumple dilucidar cuáles son los parámetros para que este rechazo ocurra.

1.3 EL DERECHO SUBJETIVO DE EXIGIR Y EL DEBER DE OBEDECER

Nótese que la regla central de aplicación tributaria revela una norma de actuación que disciplina la relación entre el Estado y los ciudadanos, por cuanto crea conexiones de obligación entre el sujeto activo poseedor del derecho subjetivo de exigir y el sujeto pasivo forzado al deber de obedecer.

Cuando se realiza un estudio pormenorizado de la norma jurídica, se topa con el deber-ser como la conexión deóntica que diferencia las leyes del derecho de las leyes de la naturaleza. Significa decir que, sucedido el hecho previsto en la hipótesis de la *endonorma*, debe-ser es la consecuencia prevista en la endonorma (causalidad jurídica). Hete aquí que los comportamientos humanos son limitados por normas que instituyen derechos, deberes u obligaciones. Para Lourival Vilanova (1997, p. 104):

En esta relación jurídica primaria se define el contenido de la conducta modelizándose como obligatoria, permitida o prohibida. Y que, en el caso de incumplimiento, inobservancia o insolvencia, por parte del sujeto pasivo, el otro sujeto de la relación puede exigir, coactivamente, la prestación no cumplida.

Por lo tanto, el deber-ser normativo pasa por lo prohibido, lo obligatorio y lo permitido, conforme alerta Paulo de Barros Carvalho (2011), “lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido”, y lo inverso, “lo que está jurídicamente permitido está jurídicamente prohibido”.

Así, solo habrá una obligación definida, principal, patrimonial o accesoria, un deber instrumental, si hubiera una previsión legal anterior que englobe el evento del mundo real y lo convierta en hipótesis de incidencia tributaria. De esta forma, existiendo una norma y haciéndose efectiva en el mundo de los hechos, la hipótesis de incidencia abstracta de la ley, se revela de modo inevitable la relación jurídico-tributaria y surge la apropiada obligación tributaria, a saber, el derecho del Fisco de requerir y el deber del contribuyente de realizar, sea esta realización de pagar tributo, escriturar libros, presentar declaraciones, entre otras.

No existiendo una regla que prohíba o fuerce a determinado comportamiento, cuyo incumplimiento denota infracción a la ley y provoca incidencia de una sanción, conduciendo al campo de lo ilícito, hay libertad de actuar, en vista de que la conducta está dentro del campo de lo permitido. Siendo así, ella es caracterizada, como una conducta lícita.

1.4 INTENTO DE DELIMITACIÓN DE LA LICITUD Y ESPECIFICACIÓN DE LA ILICITUD

Tejiendo algunas consideraciones de lo que es lícito o ilícito, tenemos que la palabra “lícito” tiene origen latino (*licitu*) y su significado es: conforme a la ley, permitido por ley, jurídico, justo, lo que es justo o permitido. Cuando se suma el prefijo de negación, se vuelve su antónimo “ilícito”, su significado es: aquello que no es lícito, es prohibido por la ley, no jurídico, ilegítimo, contrario a la moral o al derecho.

La diferenciación y la marcación de la línea que delimita lo que es lícito de lo que es ilícito, es decir, el momento en el cual, el comportamiento del contribuyente pierde su status de legalidad y excede los límites para la ilegalidad, es de difícil y compleja percepción, pero es indispensable, en vista de que solamente las conductas lícitas podrán integrar el ejercicio regular de las garantías fundamentales de la libre iniciativa, de la protección al patrimonio, de la auto organización, amparadas por el derecho, como lícitas.

Verdaderamente, el liminar que separa el método lícito (la elisión), amparado por el orden jurídico, del ilícito (evasión), que es el método rechazado por el orden jurídico, es muy tenue. Tal hecho hace que el camino perseguido por el intérprete que aplicara la ley a la norma tributaria sea tortuoso. Esto sucede porque, muchas veces, los procedimientos lícitos atraviesan la extensión de la ilicitud, debido a esta dificultad de realización de su tarea, el intérprete queda sobrecargado.

Es necesario dejar consignado que no todos los comportamientos de los contribuyentes, que resulten en un menor costo fiscal, pueden ser clasificados como ilícitos, esto porque el contribuyente siempre querrá reducir sus gastos, entre ellos el de pagar tributos, buscando variadas formas de conseguir esta reducción o la exclusión del pago de cierto tributo, lo que tampoco representa la obtención de ventaja fiscal.

Es sabido por todos que el ordenamiento jurídico aceptado, como está amparado por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia de los tribunales (v. g. RE n° 268.568, relator Ministro Marco Aurélio Melo) que los

particulares asumen prácticas, lícitas y sin el uso de manipulaciones, estrategias o subterfugios, en la gestión de su patrimonio y bienes, buscando planificar su vida empresarial, con el objetivo del ahorro de tributos. Incluso, independientemente de existir o no otro propósito de negociación.

Existiendo una deformación en el comportamiento de los contribuyentes contrario a la ley, este será refutado y tenido como infringente de normas tributarias, esto siempre que existe una atipicidad o anormalidad en el procedimiento jurídico utilizado, aunque él este revestido de licitud, en lo atinente al Derecho Privado, o cuando no hubiere correspondencia entre la forma y la sustancia, o su contenido fáctico real, o incluso, cuando existiera manipulación del hecho generador que tenga, como consecuencia, distorsiones de efectos tributarios aplicados de forma favorable al contribuyente.

1.5 DIFERENCIACIÓN DE LA ELISIÓN Y LA EVASIÓN

Se aclara que el término elisión será utilizado para describir aquellas conductas lícitas empleadas para hacer planeamientos tributarios, y el término evasión será utilizado para describir las conductas ilícitas.

A pesar de que la forma conceptual sea fácil de diferenciar lo que es elisión y evasión, en la realidad práctica, esta diferenciación es complicada y compleja, no es fácil distinguir cada una de las conductas y tener una seguridad de cuál se trata, ni dónde termina el comportamiento protegido por la legalidad y comienza la ilicitud del procedimiento utilizado.

La correcta identificación de las conductas solo podrá ser alcanzada en el examen de las circunstancias de cada caso concreto, así, el operador del derecho no puede dejarse influenciar por consideraciones de cuño axiológico o subjetivo.

La evaluación del caso concreto debe ser hecha considerando su correspondencia con el modelo abstracto de la forma utilizada, porque, si la forma no refleja el hecho concreto, en este caso, habrá espacio para la

descalificación de la forma jurídica adoptada. La consecuencia de esto es que, para descalificar cualquier acto o negocio, es necesario que existe una previsión legal que instituya las hipótesis y los criterios de cómo podrá darse esta descalificación.

De acuerdo con Amílcar de Araújo Falcão (1977, pp. 36 y 39), los métodos escogidos por los contribuyentes, los cuales se encuentran revestidos por formas normales o típicas, en consonancia con el contenido de las normas tributarias escogido por el legislador tributario, sin que exista ninguna manipulación, necesitarán ser aceptados por el intérprete, que estará impedido de alterar el concepto en aquellas establecido, así como modificar o restringir la respectiva amplitud, bajo el embasamiento de consideraciones económicas. Para este autor, la caracterización de la evasión, se revela si necesariamente existe una distorsión de la forma jurídica, atipicidad o anormalidad de la norma en relación con el hecho económico, con la finalidad de obtenerse una ventaja fiscal, de evadir el tributo. Él, incluso, agrega que el factor de distinción entre actos lícitos e ilícitos se expresa, precisamente, en la consideración económica prestada al factor generador del tributo.

Dentro de este contexto, Rubens Gomes de Souza (1954, pp. 117 y 124), que fue aquel que primero sistematizó la diferenciación de los términos en el Brasil, y también para Alfredo Augusto Becker (1954, pp. 117 y 124) la diferenciación entre elusión y fraude debería ser verificada analizando el momento en que los actos fueron practicados por el contribuyente, tomando en consideración la ocurrencia del hecho generador de la obligación tributaria. Así, si ha ocurrido antes sería considerado elusión, en cambio, si ocurrió después sería considerado fraude.

De esta forma, la elusión aparece como perfectamente lícita, y los procedimientos adoptados en su práctica deberán ser respetadas por el intérprete. El fraude se revela revestido de ilicitud, esto porque, en este caso, el contribuyente crea una estructura que viola la regla jurídica o desprecia la eficacia jurídica, así, ella está condicionada a la inexistencia, a la nulidad, a la anulabilidad o a la ineficacia de la estructura fraudulenta.

De esto resulta que, si el contribuyente actuó antes, configurándose la elisión, no hay manera de que el Fisco conteste su procedimiento; no obstante, de forma contraria, si él actuó después, aunque haya utilizado medios lícitos, el Fisco podrá oponer su derecho, adquirido a él.

Con relación a la distinción entre elisión y evasión, Perez De Ayala (1998, p. 80) dice que el Fisco no puede contestar nada si un determinado contribuyente consigue, de forma lícita, impedir la realización del hecho generador de la obligación, o consigue hacer que esta realización se realice en la forma, en la medida y en el tiempo que le sean favorables. Para el mismo autor, si el contribuyente actúa al tiempo de la realización del hecho tributable, cobijándose bajo la figura tipificada en la ley de cobertura, en momento posterior al surgimiento de la obligación tributaria específica, cualquier práctica ejercida por él, podrá ser considerada, como una forma de modificación o manipulación de una situación jurídica y concreta contra el Fisco. En este caso, él estará legitimado para contestar a la violación del derecho adquirido por el contribuyente.

No obstante, para Perez de Royo (1998, p. 100), la distinción entre fraude y la “economía de opción” está en el hecho de no haber ninguna anomalía en esta última, caracterizándose por la falta de abuso de las posibilidades de conformación jurídica, es decir, el contribuyente actúa sin ninguna intención de eludir. Lo que hace es escoger, por razones de economía fiscal, una determinada operación en lugar de otra. Un ejemplo de esta elección se da cuando el contribuyente prefiere la realización de una operación de *leasing* para la adquisición de activos, en vez de una compra y venta.

En esta se busca conseguir verificar las diferencias entre las especies de elisión y de evasión, pueden mencionarse ejemplos de métodos que se caracterizan como elisión, tales como: la reorganización societaria, la reevaluación de bienes; la constitución o la cesión de empresas; la realización de mutuo en vez de aumento de capital; la donación como adelanto de legítima; la alienación de bien de pequeño valor con exención del impuesto sobre la renta incidente sobre la ganancia de capital; la creación de un *holding*.

En lo que atañe a los procedimientos que configuran evasión, se puede dar, como ejemplos: la utilización de compra y venta, cuando, en verdad, el sujeto busca efectos de garantía; la utilización del leasing para encubrir la compra y venta, con el empleo de costos que reducirán el resultado de la empresa; incluso, el pago de intereses disimulados; la locación, a lo largo del plazo, y con el alto precio con la intención de encubrir una compra y venta; el mandato en causa propia, cuando se buscan los efectos del mutuo; o, también, cuando el contribuyente, en verdad, efectúa una venta, paga un impuesto menor y formaliza una escritura de donación.

La elisión se sitúa en el ámbito de los procedimientos lícitos, que buscan la economía legal de tributos. Ella tiene, como característica, el planeamiento tributario, con la utilización de la libertad, de la libre iniciativa y la autogestión o auto organización de la vida empresarial, siendo que sus límites se encuentran en la ley. No es más que el ejercicio de la elección entre varios procedimientos lícitos, hecha antes de la ocurrencia del hecho generador, con la elección de realizar, o no, una entre las varias hipótesis de incidencias que no están vedadas o prohibidas por ley, siendo, por lo tanto, permitidas.

Así, la elisión deberá ser vista, como un medio de economía de tributos, donde el contribuyente, a través de un criterioso planeamiento, orienta su actuación en el sentido de abstenerse o prorrogar la realización de la hipótesis de incidencia, sin que su conducta viole, infrinja o contraríe ninguna norma legal, buscando, solamente, alcanzar el mejor resultado posible en la realización de sus negocios. Se resalta que es lícita toda posición del contribuyente a los intentos tributarios del Fisco, siempre que su actuación esté amparada legalmente. Finalmente, las personas no pueden ser obligadas a pagar más impuestos si ellas pueden pagar menos.

Tratándose de la evasión, esta se caracteriza, como un procedimiento contrario a la ley, cubierto de artificios y con manipulación de hechos, buscando esconder el real acto o negocio realizado, no obstante, de esta forma, en la ilegalidad. La evasión envuelve el género del cual son especies, tanto la evasión y el fraude, así como la simulación o la disimulación, que presuponen la obtención de ventaja fiscal, a través de

procedimientos o caminos diferentes de aquellos permitidos por la ley, por lo tanto, derivan en prácticas prohibidas, o maniobras y fraudes con intención de engañar al fisco.

Las actitudes de los contribuyentes solo estarán en contra de la ley y serán refutados por ella, si la respectiva práctica estuviera expresamente prohibida en ella. Solamente habrá infracción a la norma tributaria, si la actitud elegida fuera contraria a la regla, por medio de una deformación o anormalidad de su forma jurídica, o entre esta y la forma que ella se exterioriza. De la misma forma, cuando no hubiera relación entre la forma revelada y el contenido fáctico real que el acto o negocio presenta, se entra en el campo de la verificación de la materialidad del acto o negocio. Además, es sustancial que sea revelada la manipulación del hecho generador, de procedimientos o de documentos, de los cuales tengan, como resultado, efectos tributarios diferentes de aquellos que resultarían de los hechos efectivamente ocurridos.

Se caracterizan, como elisión, los procedimientos escogidos por los contribuyentes que estén de conformidad con la ley, que estén revestidos de formas normales o típicas o, incluso, atípicas, que estén de conformidad con el contenido efectivamente realizado y deseado; que ellos tengan existencia real. Cuando así se caracterizasen, el aplicador de la ley quedará impedido de transformar el concepto legalmente establecido; alterar o restringir la respectiva amplitud, o transponer el encuadramiento del hecho para la hipótesis de incidencia diversa, bajo el fundamento de razones económicas o para medir la capacidad contributiva.

En la hipótesis de quererse rechazar un procedimiento lícito, cuando es realizado con el único fin de obtener ventaja tributaria, tal rechazo deberá estar expresamente admitido en ley. Por tal motivo, es que se propone una NGAA, a través de la cual, la conducta lícita, se caracterizará, como abusiva por encuadrarse en el criterio que fuera tipificado en la hipótesis legal, sugiriendo el criterio del propósito de negociación.

1.6 DEFINICIÓN DE PLANEAMIENTO TRIBUTARIO

El significado de planear y organizar un plan o rutina de programación, preparación de un trabajo con el establecimiento de tácticas y técnicas convenientes, caracteriza la determinación de un conjunto de mecanismos, con el objetivo de realizar determinado proyecto.

El término “planeamiento tributario” o “elisión fiscal” es utilizado para caracterizar la conducta lícita de los contribuyentes en la utilización de su libertad, su autonomía y gestión de sus negocios. Se resalta que el planeamiento tributario será siempre permitido, es decir, lícito. Se caracteriza, como un medio de estudio, conocimiento y decisión previa, sobre los procedimientos que serán adoptados, tomando en consideración sus riesgos y consecuencias, buscando organizar las acciones y los negocios de forma de reducir los costos y conseguir una economía de tributos de manera legítima, no prohibida por el ordenamiento jurídico.

De esta forma, el planeamiento tributario está limitado a orientaciones o recomendaciones de su bosquejo estratégico, pues la expresión es identificada, también, con el propio acto o negocio que es el resultado del Plan inicial, es decir, la expresión está, también, empleada para describir la realización efectiva del acto o negocio previamente visto en la etapa que lo precede. Solamente habrá planeamiento cuando él fuera concretado, a través de la atinente materialización. Es, a partir de los elementos de concreción, con los cuales él se exterioriza, que podrán levantarse las pruebas de la licitud del planeamiento tributario, o de la revelación de que se trata de la práctica de un acto abusivo, ilícito, simulado o fraudulento.

El operador del derecho, al tomar su decisión, muchas veces, comienza verificando cuáles son las opciones fiscales puestas en la ley, en vista de que es la propia ley que puede impulsar su utilización, con el objetivo de realizarse un planeamiento tributario, se puede citar, como ejemplo, las opciones fiscales por la tributación con base en la ganancia presumida, ganancia arbitrada o ganancia real, así como la instalación de empresas en áreas de incentivo fiscal; o las inducciones fiscales.

El anhelo por lograr el equilibrio en la relación jurídico-tributaria, la elisión fiscal o el planeamiento tributario debe ser considerado como un método lícito, a través del cual, los contribuyentes buscan medios legales y legítimos de estructurar sus negocios y economizar con el pago de tributos, a consecuencia de la libertad y del derecho a la auto organización preventiva de los negocios, de la forma en como está garantizado en los arts. 1º, 5º, 37, 145 § 1º, y 170 de la Constitución Federal.

Así, esta economía, con el pago de tributos hecho de forma lícita, no es más que un ejercicio regular de los derechos y de la libertad de practicar negocios jurídicos válidos y regulares, existiendo la adecuada conformidad entre forma y contenido, predominando la asertiva de que nadie está obligado a pagar más tributos pudiéndose pagar menos.

Conforme enseña el profesor Heleno Torres (2003, p. 37), el planeamiento tributario debe significar solamente un procedimiento de organización preventiva de negocios, buscando una economía legítima de tributos, por fuera de cualquier referencia a los actos practicados posteriormente.

Así, el acto de planear será siempre lícito, incluso la economía de tributos podrá ser alcanzada tanto por actos legítimos, como por actos ilegítimos, es decir, ilícitos, clasificados como evasión y elisión.

Como se afirmó, el planeamiento empresarial es la práctica o conducta adoptada en la búsqueda de tener una buena gestión de negocios, en el sentido de auto organización administrativa y financiera de la empresa, con la finalidad de obtenerse mayores ganancias, rendimientos financieros. Con la intención de alcanzarse este objetivo, es imperiosa la adopción de medidas que tengan, como resultado, la reducción de costos. Y, entre estas medidas, se constata la necesidad de reducir, también, el costo tributario, esto para que se consiga alcanzar un resultado más favorable y evitar una disminución del patrimonio de la empresa, en virtud de la carga fiscal que se le impone, así como adquirir ventaja competitiva en el mercado y su capacidad contributiva respetada.

Se erige, así, la posibilidad del planeamiento tributario, como un acto de una mejor gestión empresarial.

De esta forma, para que el planeamiento tributario pueda ajustarse como legítimo y de conformidad con el orden jurídico, no obstante, es necesario que los procedimientos elegidos y efectivizados sean lícitos, permitidos por la ley y se encuentren fundados en el legítimo interés del contribuyente de alcanzar una significativa economía de tributos, sin herir o violar ninguna norma legal, es decir, no estén prohibidos por ley y posean, como objetivo, un propósito de negocios o empresarial, familiar, etc. Esto significa que el contribuyente organiza su vida y consigue una disminución de sus costos, no obstante, sin cometer ningún comportamiento prohibido por la ley.

No se encuentran englobados por el concepto de planeamiento tributario los comportamientos que posean, en su composición, ninguna nota o elemento que revele una estratagema o subterfugio que resulten en la adulteración de negocios, o incluso que, a despecho de estar revestidos de apariencia lícita, en su centro contengan intenciones comprobadas de engañar, para evitar o incluso disfrazar la ocurrencia del verdadero acto generador y, en consecuencia, el surgimiento de la obligación tributaria.

En este punto, cabe alertar que la realización de un acto o negocio que tenga, como intención exclusiva, conseguir economía fiscal, no significa que existe una artimaña o mecanismo pasible de caracterización, como forma de abuso o ilícito, mientras que todos los actos formalizados se materialicen de conformidad con el objetivo pretendido, es decir, debe haber coincidencia entre la voluntad formalizada y la voluntad realizada.

En las enseñanzas de Ferreiro Lapatza (1998, p. 141), se comprende que la “economía de opción” proviene de la opción, por parte del contribuyente, de la utilización de métodos amparados por la ley, los cuales determinan la obtención de un resultado efectivamente deseado por el contribuyente, con el menor costo posible.

De tal modo, en la elisión no existirá ninguna simulación del contribuyente en lo que respecta a sus pretensiones. Él, tan solo anhela la efectivación del acto o negocio, de la manera como lo concretó, porque lo quiere exactamente así, y posee la consciencia de estar evitando, con su procedimiento, la conminación de cierta norma de incidencia. Así, la falta el

animus fraudandi. La elisión emana de la licitud de la pretensión, y solo la tipicidad de la incidencia podrá garantizar la certeza y la seguridad jurídica. De esta forma, no puede ser utilizada la analogía o la interpretación extensiva con el objetivo de exigir tributos.

El planeamiento tributario se justifica porque se trata de un mecanismo admitido por el orden jurídico, en el cual, el contribuyente dispone para sí, auto organizarse y alcanzar sus negocios del modo que más le conviene, en la práctica de los derechos de propiedad y de libertad que se son garantizados constitucionalmente.

En defensa del planeamiento tributario, Perez De Ayala (1998, p. 80) enuncia que nadie puede obstaculizar al contribuyente para optar por un hecho tributable en lugar de otro, ni obligar a este a que realice un hecho tributario específico. En las palabras de este autor, el contribuyente posee la libertad de:

... elegir entre los diversos hechos tributarios que se le ofrecen como legítimos que adopte él aquel que determine la aplicación de la ley menos gravosa fiscalmente, en lugar de la más gravosa.

Conforme enseña Alfredo Augusto Becker (1972, pp. 122 y 125), “es aspiración naturalísima e íntimamente ligada a la vida económica, la de procurarse determinado resultado económico con mayor economía”, por tanto, según él, todo individuo posee la “indiscutible libertad” de generar sus negocios de modo menos oneroso, y esta facultad está asegurada, inclusive, por la propia Constitución, en su art. 5º, II. Sin que existe una regla jurídica obligatoria o prohibitiva, se debe reconocer la libertad de operar del contribuyente. Conforme Becker, si sucedió la evasión lícita, sin que se haya violado ninguna regla o eficacia jurídica, y si el intérprete prescinde de la estructura jurídica para fijarse en la realidad económica, quien practica un acto ilícito es el intérprete, teniendo en vista que no existe regla jurídica que autorice esta abstracción.

Delante del vigente ordenamiento jurídico brasileño, para que se tipifiquen las infracciones, figuras delictivas o criminales, se impone que, indicado un hecho, como evasión, se dé la elaboración de los elementos

probatorios por parte de la autoridad administrativa, a quien compete la carga de la prueba. En este contexto, se aplican las máximas consagradas que impone aquel que acusa el deber de probar y prohíbe la acusación de cualquier persona sin prueba, salvo en los casos de las presunciones legales, siendo admitidas solo aquellas *juris tantum*, para las cuales, la ley, expresamente adopta la inversión de la carga *probandi* hacia el contribuyente.

Para defender la necesidad del planeamiento tributario, los contribuyentes se valen de variadas justificaciones, tales como la excesiva carga tributaria que se les impone, clasifican al sistema tributario, como injusto, resaltan la mala distribución de la carga tributaria, que incluso cuesta más a aquellos que cumplen sus obligaciones, destacan la existencia de corrupción y el desvío de dinero por parte de los poderes públicos, reclaman por la incorrecta aplicación de los recursos obtenidos con la tributación, critican el hecho de que el Poder Público malgaste recursos que recauda, reprueban la carga tributaria, como generadora de distorsión del equilibrio y de las condiciones de competencia, destacan la falta de retorno bajo la forma de servicios públicos, etc.

En virtud de la confirmación de esta realidad es que el Estado, en oposición, se vale de instrumentos para protegerse y prevenir que se dé la disminución de sus recetas tributarias. El Estado actúa, tanto creando nuevas fórmulas e hipótesis de incidencias para captar más recursos de los particulares, como se vale del aumento de las alícuotas, nuevas contribuciones, limitaciones de gastos y deducciones, etc., o, incluso, combatiendo la evasión. Más aún, creando medios que permitan restringir la libertad y autonomía de negociación privada, a través del combate a los planeamientos tributarios evaluados como abusivos.

El Poder Público, encubierto por el argumento de la búsqueda de isonomía y de la justicia fiscal, emplea otros instrumentos en el intento de incluir nuevas formas de incidencia tributaria, con el objetivo de reducir e impedir la elisión, con la aspiración de legitimar o de crear una norma general antiabusiva. Tal alternativa está justificada, por los gobiernos, que argumentan que para que el Estado consiga alcanzar las finalidades que le

asignaron, necesita de recursos, y también que, por medio de la evaluación de la real capacidad contributiva podrá cumplir con el objetivo de distribuir mejor la renta, fomentar la solidaridad y buscar la igualdad.

Con esto, surge la problemática de que exista, o no, la viabilidad de que la Administración Tributaria contenga el planeamiento tributario, mediante la desconsideración de los actos, negocios o personalidad jurídica, o adherir a la interpretación económica para sujetar determinada conducta lícita, hecha efectiva de conformidad con el orden jurídico, a la tributación de forma diversa, de conformidad con la interpretación o la consideración subjetiva del aplicador de la ley tributaria del periodo.

Se indaga, de esta manera, si bajo la justificación de alcanzar la real capacidad contributiva y fundamentándose en el argumento de que el resultado económico alcanzado en un acto específico o negocio es correspondiente a otro que posee tributación más gravosa. Se comprende que la Administración Tributaria tiene la competencia de concretar la desconsideración de este acto, negocio o personalidad jurídica. ¿Ella podrá adecuar el acto o negocio a un tipo legal diferente, incluso cuando el mundo de los hechos, nítidamente, se insertó en una hipótesis de incidencia tributaria específica, en los tipos concretados y ansiados por el contribuyente y que tiene una tributación menos onerosa?

No se debate la posibilidad de que la Administración Tributaria contraiga, inmediatamente, la potestad de tributar y conminar sanciones administrativas sobre los actos o negocios que constituyan infracción a la ley o se encuentren maculados por vicios y fraudes, de forma autónoma, sin la necesidad de auxiliar, antes de la vía judicial hacia la invalidación o nulidad del acto o negocio en el campo del Derecho Privado.

En esta hipótesis, no se objeta este poder del Fisco, considerándose que existen disposiciones legales expresas que ya otorgan tal competencia a las autoridades administrativas. Se admite, incluso, el permiso de las autoridades administrativas para verificar informaciones bancarias de los contribuyentes, por cuanto no puede existir sigilo para el Fisco sobre hechos que deben estar escriturados y correctamente declarados a las autoridades fiscales.

Con la finalidad de resguardar a los contribuyentes e impedir abusos, las normas tributarias aseguran un amplio derecho de defensa y, también, incluye la previsión de procedimientos que deben ser adoptados por las autoridades tributarias, en el momento de la evaluación de la práctica del contribuyente que posee indicios de fraude, conspiración o evasión. Existiendo cualquier indicio se debe hacer una representación fiscal para fines penales, que deberá ser dirigida al Ministerio Público, y esta representación quedará en la dependencia con carácter definitivo del proceso administrativo.

Además de esto, la ley dispone sobre los límites y el poder de los agentes fiscales, para atribuir penalidades administrativas más gravosas, en lo que concierne a la tributación de los actos o negocios ilícitos, fraudulentos y de las actividades reprobables de los contribuyentes (Ley n°9430/1996, art. 44), incluso, cuando se verifican indicios de supuestos delitos tributarios. Este tipo de poder está justificado debido al hecho de que el orden jurídico no puede acoger enriquecimientos ilícitos, sin causa, o sacar provecho indebido de valores por los contribuyentes, necesitando, de esta forma, que las autoridades fiscales abracen los medios más efectivos para combatir la evasión.

La calificación de un procedimiento adoptado, como lícito o ilícito deriva de la observancia, o no, de los mandamientos legales. Si en la ley no hubiera ninguna prohibición, veda u obligación que describa la forma en cómo el negocio debe ser realizado, de cualquiera de los modos en que sea realizado, estará abarcado y amparado, como un comportamiento permitido, revestido de licitud, no pudiendo ser despreciado o desconsiderado por la Autoridad Administrativa.

Es importante resaltar que, en el escenario tributario, surgen conflictos que se encuentran implícitos, ya que, del lado de los fundamentos que amparan al Estado Democrático de Derecho, a saber, justicia, legalidad, igualdad y respeto a los derechos y a las garantías individuales, están aquellos que justifican el Estado Social, con la solidaridad, capacidad contributiva e igualdad. Esto en la forma en cómo está consagrado por la Constitución Federal, y también revelados por la obligatoriedad de que

todos compartan los encargos públicos y colaboren para que el Estado conquiste los objetivos que le son impuestos.

De este modo, debe admitirse que se le confiere, al Fisco, el deber-poder de verificar y designar la real capacidad contributiva de los ciudadanos, con el objetivo de garantizar la isonomía tributaria y la justicia fiscal. Más aún, el ejercicio de la actividad fiscal no puede ser considerado absoluto, esto porque sus límites se encuentran apuntados, también, en la propia Constitución Federal, en su art. 145, § 1º, que le determina, a los agentes de la Administración Tributaria, el respeto a los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, y también el respeto a la legalidad.

De esto deriva la necesidad de que se realice una ponderación de los valores involucrados para buscar un equilibrio o alguna limitación o restricción de esta libertad o autonomía. Así, deberá estar expresa en ley que indique los criterios, la forma, los procedimientos, la penalidad, tal como garantiza el debido proceso legal y el amplio derecho de defensa.

1.7 DEFINICIÓN DE ABUSO

Se constata un cambio de paradigmas en la actual visión de la relación tributaria y de la legalidad, que va en el sentido de que, cuando los actos de los particulares fueran efectivizados con la única finalidad de obtenerse una ventaja fiscal, estos no podrán ser admitidos aunque sean realizados en el ejercicio de su libertad y autonomía. De esta forma, los procedimientos de los particulares, utilizados solo para evitar o reducir la incidencia de tributos, pasaron a ser rechazados, pues están desprovistos de motivación extratributaria, económica o propósito de negociación.

De esta forma, aparece la figura del acto o negocio abusivo, siendo que este ocurre cuando, en el acto, se da un exceso en el ejercicio de la libertad o autonomía privada por parte del contribuyente, que busca

macular la capacidad contributiva, la solidaridad, la competencia fiscal, teniendo reflejo en la justicia fiscal.

Son varias las figuras utilizadas por el ordenamiento jurídico, con el objetivo de apartar la práctica de conductas abusivas, tales como abuso de forma, de derecho, fraude a la ley, acto anormal de gestión, negocio indirecto, propósito de negociación, sustancia bajo la forma, realización de actos complejos y en secuencia, entre otros tantos actos.

Se sabe que, cada país, optó por uno de estos parámetros utilizados para identificar un acto o negocio abusivo, de conformidad con los principios y las reglas ya vigentes en su sistema y que pudiese armonizarse mejor a su orden jurídico. En la esencia de todos los tipos legales, no obstante, de forma independiente del criterio seleccionado, se encuentra la nueva mentalidad fiscal-jurídica-social del rechazo y del combate a los actos de negocios concretados con el único objetivo de alcanzar una ventaja fiscal.

Por lo tanto, se caracteriza como una elección de política fiscal realizada para instituir una nueva hipótesis de incidencia tributaria, muchas veces utilizando figuras del Derecho Civil, con el fin de alcanzar actos y negocios y declarar que, a partir de aquel momento, excedieron el liminar de lo que es considerado lícito, pasando a ser tipificados como abusivos, sin, no obstante, ser caracterizado como un ilícito, ya que no violan la ley tributaria. Actuando siempre bajo el argumento de buscar o evaluar la real capacidad del contribuyente.

Cuando se da el avance de la línea que delimita la actitud lícita, tal acontecimiento pasa a justificar la reprobación de estos actos o negocios que no pueden ya ser considerados, como planeamientos tributarios, en vista de que se volvieron actos o negocios abusivos.

Así, el abuso se exterioriza, como resultado de una conducta, en la cual no hay ninguna transgresión que caracterice infracción a las hipótesis de incidencias legales -que tipifican las obligaciones tributarias-, cuya transgresión conduce a una sanción. De esta forma, una conducta abusiva es aquella que extrapola, y permanece en la línea limítrofe entre el acto lícito y el acto ilícito. Esta conducta abusiva difiere de la infracción, del

fraude o de la simulación, esto porque estas conductas violan disposiciones expresas de ley. En el ámbito de la simulación y del fraude, se entra en conductas tipificadas, como delito, de ahí, por lo tanto, prevalece el *crimen sine lege*.

Utilizando el término “abuso” o “conducta abusiva”, para caracterizar el comportamiento, acto o negocio del particular que, a pesar de ser lícito, ha sido realizado con el objetivo elusivo de reducir o extinguir el tributo. Se resalta que, en este acto no hay artificio, simulación o disimulación, siendo que los actos practicados fueron deseados y formalmente realizados, además de informados a la autoridad fiscal, así como a los registros públicos, ellos tampoco contrarían a las leyes imperativas o forzosas, se le dieron la publicidad necesaria, los tributos se pagaron, etc., no obstante, están maculados, pues fueron realizados con un único fin, el de economizar tributos.

El abuso fiscal tributario puede ser clasificado, como el exceso en la acción, o la práctica de conducta abusiva en el intento de utilizar mecanismos solo para tener un ahorro o reducción de tributo.

En los demás países, en sus ordenamientos jurídicos, se busca apuntar en las conductas abusivas un elemento de astucia o maniobra para burlar la ley o la forma jurídica. De esto resulta la tipificación del abuso de forma, abuso de derecho, fraude a la ley, negocio indirecto, sustancia sobre la forma, etc. Pero esta es una zona de difícil identificación, ya que son criterios casi idénticos, siendo muy tenue el límite entre ellos. La identificación de estas figuras da lugar al subjetivismo del intérprete, lo que se une con la seguridad, la previsibilidad y la seguridad necesarias a la relación tributaria.

Por tal motivo, se utiliza, aquí, solo el término genérico “abuso”, siendo que este deberá ser definido por la ley, es decir, será considerado abuso aquello que la ley tipifique, como tal.

Conforme Heleno Torres (2003, pp.182, 188), el acto o negocio que se realiza a partir de la organización de actos lícitos de derecho privado, que pueden ocasionar reacciones del ordenamiento tributario por estar desprovisto de causa, en fraude a la ley o simulados, configura la “elisión”.

Aún, para aquel profesor, la “elisión” se caracteriza, como un paseo de la legítima economía de tributos rumbo a la simulación, no pudiendo ser clasificada, como simulación, ya que sus actos no son disfrazados, camuflados (disimulación), o inexistentes (simulación absoluta), pero, tampoco pueden ser vistos, como una economía legítima de tributos, porque la economía se hace efectiva al contornear el alcance del tipo normativo de la regla de tributación, por lo tanto, es una “violación indirecta” de la ley tributaria.

No obstante, en el corazón de la materia, se verifica que todos se valen de estas figuras jurídicas para justificar su acto o negocio, realizado sin motivo extratributario, como siendo abusivo. La complejidad está, precisamente, en identificar cuándo un acto o negocio abarca un artificio, o cual él es real. Se constata, por consiguiente, que el acto o negocio concretado solo para obtener una ventaja fiscal es comprendido como artificial. No obstante, esta posición no es la adoptada en este trabajo.

No hay nada de artificial cuando los actos y negocios están formalmente correctos, registrados en los órganos públicos, obedecen a las leyes forzosas o imperativas, habiendo sido informados y declarados a las Administraciones Tributarias y a los órganos fiscalizadores y controladores de actividades o de competencia, no obstante, se hicieron efectivos solo para conseguir un ahorro de tributo y obtener ventaja fiscal. Véase que, tales actos y negocios, hasta podrán ser tipificados como abusivos, pero será la ley quien deberá tipificarlos.

Se nota que esta nueva posibilidad de acto o negocio abusivo necesitará, imperiosamente, estar prevista en ley. No pudiendo ser dejada al criterio del aplicador o intérprete de la ley para que él, en el caso concreto, tome la decisión de qué criterio identificará el abuso, bajo pena de, en obediencia a un principio, terminar violando otros principios, dando lugar a abusos de la Administración Tributaria o al activismo jurisprudencial, lo que abalaría el orden jurídico.

Deriva de la realidad jurídica, aquello que será considerado abusivo, al capturar el evento y tipificarlo en una norma. Así, el tipo legal será producido, como una censura con base en una opción de política fiscal.

Siendo la opción la de restringir la libertad y la autonomía del particular, esta deberá ser hecha por la ley, ya que solo la ley tiene este poder de restringir derechos en pos de otro valor que sea más relevante para el ordenamiento jurídico.

No se puede dejar que las jurisprudencias y precedentes tipifiquen lo que es abusivo. En el caso brasileño, ni los precedentes están siendo contruidos por la Suprema Corte del país, ya que las decisiones han sido proferidas por los tribunales administrativos, cuyas decisiones no hacen cosa juzgada definitiva.

De esta forma, un planeamiento tributario solo pierde su legitimidad, si el procedimiento del particular que busque disminuir el tributo, va en contra de un principio o regla del ordenamiento jurídico. Una parte de la doctrina entiende que el acto o negocio abusivo no infringe la ley, meramente la contornea, es decir, estructura la acción para que la ley no incida en el acto practicado, lo que caracterizaría un abuso de derecho o fraude a la ley. Se nota que el fraude a la ley difiere del fraude fiscal, que es una infracción de la ley que caracteriza el delito tributario.

Haciendo un análisis del significado del vocablo abuso, tenemos que este es el acto o efecto de abusar, el uso incorrecto o ilegítimo; el exceso; el uso excesivo de poderes, la falta de comisión, la exageración, es aquello que se opone a los buenos usos y costumbres. Y, la expresión significa hacer uso de manera impropia o inadecuada; usar en exceso, extrapolar en el uso o en la exigencia del uso.

Hecho este análisis, se considera que el abuso está presente en la conducta del sujeto pasivo, cuando esta conducta se encaja en la hipótesis legal que lo tipifica, como tal. De la misma forma, el acto o negocio abusivo será rechazado, tributado de manera diferente de aquella adoptada por el sujeto pasivo y reconocido, esto porque el evento ocurrido debe someterse completamente a la norma legal, que lo transforma en hecho generador tributario, ahora pasible de condena, en caso de no atender a las obligaciones correspondientes.

De acuerdo con el profesor Antônio Carlos Santos (2009, p. 85):

Es planeamiento fiscal abusivo efectivo cualquier forma de planeamiento que, de acuerdo con las cláusulas Antiabuso, sea considerada elisión fiscal o que sea puesta en causa por el Derecho Comunitario o por el Derecho Internacional. Es planeamiento fiscal potencialmente abusivo aquel que, siendo lícito ante el derecho existente, es objeto de un juicio de censura política que originará nuevos instrumentos jurídicos contra esta forma de planeamiento.

La conducta lícita que no infringe la ley será un elemento de desprecio y rechazo solo a efectos fiscales, no obstante, la ley fiscal le imputa efectos diferentes; conforme aclara Gustavo Lopes Courinha (2004, p. 16): “Mientras no sea violador de la ley, la actuación del contribuyente será admitida o no, en cuanto a sus efectos fiscales, a la luz de los requisitos y elementos de la CGAA”.

Así, el abuso se dará cuando el acto, la operación o negocio fuera concretado con el objetivo exclusivo de reducir tributos y alcanzar una ventaja fiscal. No obstante, el abuso no es una transgresión a la ley y no coincide con fraude y simulación, en vista de que estas son conductas ilegales. En la clasificación de abuso, se verifica que no existe violación de ley ni fraude, pero solo la hipótesis legal que apañó un acontecimiento del mundo para colocarlo en un tipo de incidencia tributaria.

Conforme ya fue dicho, en este trabajo no se discutirán las materias de uso de forma o abuso de derecho, fraude a la ley, negocio indirecto, porque la adopción de este tipo de criterio ha llevado, anteriormente, a diferencias doctrinarias en aquellos países que optaron por uno u otro criterio, esto incluso ocasionó un retraso en la respectiva aplicación en sus ordenamientos jurídicos.

Se reitera que el término “abuso” es utilizado de forma genérica, significando un exceso en la utilización de la honda libertad, autonomía particular manifestada por la ausencia de propósito, sea él económico, patrimonial, familiar, sucesorio, etc., o incluso motivo extratributario, que está expresado en la ley, como criterio suficiente para que pueda tomar en consideración el respectivo acto o negocio del particular si es debidamente comprobado.

1.8 DIFERENCIACIÓN Y CONCEPTO DE FRAUDE FISCAL Y DE FRAUDE A LA LEY FISCAL

Es verdad que ningún orden jurídico acepta la práctica de actos o de negocios realizados con la finalidad de escapar o evitar incidencia de las leyes tributarias, burlando, a través de artificio o manipulación de hechos no verídicos, siendo que toda infracción a la ley debe ser rebatida y refutada. No obstante, se debe hacer una distinción entre los mecanismos adoptados por los particulares, para escapar a las obligaciones tributarias, tomando en consideración la proporcionalidad y la razonabilidad que deberán ser observadas por el legislador, así como por el aplicador de la ley. Ante esto, surge la necesaria diferenciación entre elusión, fraude fiscal y fraude a la ley fiscal, en vista de que ellas tienen naturaleza y significados diferentes.

Incluso, ante la dificultad de diferenciar el fraude fiscal del fraude a la ley fiscal, es necesario aclarar este punto. Se observa que el fraude fiscal se refiere a la práctica de infracción o violación de ley expresa, con la utilización de datos falsos, existiendo dolo, mientras que el fraude a la ley fiscal es simplemente el uso indebido de la libertad o de la autonomía privada, comportamiento que se vale de datos falsos o viola la ley tributaria, rodea sus expresas disposiciones. Es lo que nos aclara Sanches (2010, p. 24).

El fraude fiscal es el concepto genérico utilizado para englobar a todos los procedimientos usados por el contribuyente para violar la ley, todos ellos con el fin de burlar las leyes tributarias, frustrar o disminuir, disfrazar o manipular el hecho generador ocurrido, consecuentemente, la incidencia de la obligación tributaria, o hacer que ella surja de manera

diferente de aquella que ocurrió en el mundo de los hechos, con el objetivo de no pagar tributo voy a pagar una cuantía menor.

No hay dudas acerca de la clasificación del fraude, como una infracción a la norma tributaria o delito tributario. Como una infracción a la norma tributaria o delito tributario, ella podrá presentarse en diferentes formas, pudiendo ser identificada en cada acto, negocio, transacción, etc., a través de sus elementos sustanciales, especialmente el dolo, que siempre estará presente. El fraude fiscal tiene el objetivo de reducir o de apartar el pago del tributo, por medio de la utilización de procedimientos que ocultan el hecho generador o engañan al Fisco, a través de una conducta dolosa.

La principal característica del fraude fiscal es la eliminación o reducción de tributo, como resultado de la intención (dolo) de practicar artificios para engañar a la administración tributaria y evitar el tributo.

De acuerdo con Perez Ayala (1998), la palabra *fraude* se utiliza en el derecho tributario para indicar una amplia categoría de infracciones a la ley fiscal, ya que, en todas las infracciones, se puede identificar un punto común de realización con respecto de los elementos constitutivos de la relación jurídico-tributaria, mediante manipulaciones contables, declaraciones falsas o incompletas.

Con relación al fraude, se pueden identificar dos normas, una que posee comportamiento abusivo y tiene el objetivo de eludir, que sería la norma divulgada, por medio de la aplicación de otra norma diferente, aún más benéfica (norma de cobertura). Por medio del fraude a la ley, se quiere conseguir un ¿?, con la utilización de medios jurídicos anormales, medios estos que, de forma natural, tienden a la obtención de fines diversos. No obstante, como ya se dijo, en el fraude a la ley no se da infracción a la ley.

Helena Torres (2012) afirma que:

No es fraude a la ley, en materia tributaria, el incumplimiento directo de normas tributarias, que son forzosas e imperativas. Así piensan muchos, pero se equivocan. Fraude a la ley que importa al derecho tributario es el apartamiento de régimen más gravoso o tributable por incumplimiento indirecto de regla imperativa de derecho privado, en la composición del propio acto o negocio jurídico.

Conforme Peres de Royo (1998), en el fraude a la ley no se agrede directamente al ordenamiento jurídico ni se viola abiertamente una norma, solo se evita, a través de maniobras, la realización del presupuesto de hecho que hace incidir la norma.

Conforme las enseñanzas de Lapatza (1998): “actúa en fraude de ley, amparándose en una norma dictada con otra finalidad, consigue un resultado contrario a la ley”. Para él, presupone una dualidad de normas jurídico-tributarias, donde uno o varios actos hacen surgir el resultado diferente de la norma, siendo ellos amparados en otra norma, pero con finalidad diferente, siendo, tal actitud, clasificada como abuso de formas o por la intención de evadir total o parcialmente el tributo.

Con relación al respeto a la autonomía privada y a la necesidad del respectivo control, para que determinado acto o negocio practicado por el contribuyente sea considerado como ilícito, deberá existir una ley previa y específica que tipifica la conducta, como contraria a la ley. Podemos citar, como ejemplo, en la hipótesis de fraude, a la ejecución, como está descrito en el art. 185 del Código Tributario Nacional, el CTN. De la misma forma podrá ser clasificado, como fraude, el negocio realizado por medio de una secuencia de actos considerados lícitos, buscando la realización de negocio prohibido por el Derecho.

En su art. 72, la Ley brasileña N° 4502/64 estableció, de manera amplia, el fraude fiscal para alcanzar acción u omisión dolosa que busque impedir o atrasar, total o parcialmente, la ocurrencia del hecho que genera la obligación tributaria principal, que busque excluir o modificar sus características esenciales, de manera que haya una reducción en el monto de impuesto adeudado, o evitar o retrasar su pago. Este es el fraude fiscal que posee repercusión criminal.

La doctrina discute si la Ley N° 4502/64 estaría revocada luego de la edición de la Ley N° 8137/90, en vista de que esta pasó a regir los delitos tributarios. Cumple decir que la Ley N° 9430/96, posteriormente editada, y con la actualización de la Ley N° 11.488/2007, en su art. 44, § 1°, continúa estableciendo, como criterio para el aumento de la penalidad de la multa

de oficio, de 75% a 150%, y configuración de delito tributario, a las conductas tipificadas, como fraude, en los arts. 71, 72 y 73 de la Ley N° 4502/64. Se puede concluir que, en lo que respecta a los tributos federales, con la finalidad de imposición de penalidad administrativa, conceptos de evasión, fraude y conspiración son aquellos descritos en la Ley N° 1502/64.

El obstáculo en el reconocimiento del fraude fiscal está en la necesidad que le compete al Fisco la carga de la prueba, esto porque es él quien acusa al contribuyente de la práctica de infracción o delito tributario. El propio reglamento del impuesto sobre la renta, en sus arts. 924 y 925, impone a la autoridad fiscal la carga de la prueba de las falsedades de los hechos relatados en registros contables y fiscales de las empresas. El mismo mandamiento está contenido en el Decreto N° 7574/00 que regula el proceso administrativo tributario.

En la legislación tributaria vigente en el Brasil, no existe ningún tipo de previsión respecto del fraude a la ley. La previsión legal que existe es la del art. 166, VI del Código Civil. Así, la práctica de un acto o negocio jurídico con fraude a la ley, de acuerdo con el referido artículo, resulta en la respectiva nulidad, es decir, genera la consecuente nulidad del acto o negocio para fines civiles, nulidad esta que deberá ser declarada por el juez.

Por lo tanto, el decreto judicial de la nulidad del negocio es que él dejaría de producir efectos tributarios. Aunque se admitiese la importación de la norma civil hacia fines tributarios por la jurisprudencia, se cuestionaría si la regla civil solo podrá ser para justificar el cobro de tributo y la aplicación de penalidad.

Lo que se quiere decir es que, si el fraude a la ley de ley civil se aceptara con fines tributarios, debido a la unicidad del derecho y que su división es meramente didáctica, entonces, esta regla deberá ser adoptada integralmente. De esta forma, solo una autoridad judicial podría aplicar fraude a la ley a fines tributarios, e incluso, la verificación del fraude a la ley de la ley civil ocasiona la nulidad del propio negocio, nulidad esta decretada por el juez para todos los fines. En este punto, ¿cuáles serían los resultados

de la decisión de que el acto o negocio fuera concretado con fraude a la ley por autoridad administrativa?

Esta es la razón por la cual, en el ordenamiento jurídico brasileño, el fraude a la ley previsto en ley civil puede usarse para caracterizar el abuso. De la misma forma, debido a la difícil distinción del linde entre fraude a la ley, abuso de derecho y simulación relativa, sería muy penoso encajar la conducta en una u otra especie.

1.9 EL FALSEAMIENTO DE LA REALIDAD: SIMULACIÓN Y DISIMULACIÓN

Tanto la disimulación, como la simulación representan un relato falso de la realidad, a través de un acto formal que se exterioriza de forma diferente de la realidad subyacente, y guardan relación con la materialidad del hecho. La simulación significa apariencia de algo que no existe; la disimulación indica algo que está siendo ocultado, por medio de manipulación, artificio o subterfugio. Se nota que, en ambas, se verifica el falseamiento de los hechos reales.

En la disimulación hay un encubrimiento de la verdadera operación, a través de una estratagema, con el objetivo de construir hechos que no se condicen con la realidad, para esconder el hecho que verdaderamente ocurrió, que aparece sobre otra forma legal.

La diferenciación entre estas dos figuras jurídicas puede causar una cierta confusión, pero, tal vez, situaciones de la vida común ayuden para comprenderlas mejor. Como ejemplo: el niño simuló haberse caído para ganar un caramelo (simular, con el significado de fingir algo inexistente); el niño disimuló no haber peleado con su hermano para ganar un caramelo (disimular con el significado de ocultar lo real y presentar lo inexistente).

Se entiende, como simulación, el comportamiento del contribuyente en que existe una inadecuación entre la forma jurídica en la cual se muestra el negocio y la sustancia o naturaleza del hecho generador verdaderamente

realizado. Se evidencia una conducta solo aparente, de acuerdo con la norma que oculta el hecho real sobre el cual recae otra norma de tributación más gravosa.

A pesar de perfecta y válida, bajo el aspecto del derecho civil o comercial, jurídicamente revelada no tiene relación con la realidad económica del hecho generador verdaderamente ocurrido, existiendo una gran diferencia entre ellas, lo que revela la intención del contribuyente de evadir o disminuir la incidencia de la tributación, escondiendo el resultado que realmente deseaba.

Podemos caracterizar la simulación por ocultar la realidad y la disimulación por causar una falsa imagen de la realidad. De esta forma, el acto o negocio jurídico es simulado para disimular el contenido de otro acto o negocio efectivamente concretado. Ambas configuran un fraude fiscal o infracción a la ley tributaria.

Disimulación y simulación, a pesar de ser sinónimos, pueden ser percibidas, como una realidad distorsionada, no obstante, cuando son exteriorizadas, presentan significados diferentes: simulación simbolizando apariencia de algo que no existe y disimulación con el significado de ocultar algo. De esta manera, indica disfrazar o esconder una operación con artificio o subterfugios, donde el hecho revelado no posee correspondencia con la realidad.

Conforme relata Lapatza (1998), se puede entender la simulación bajo dos puntos: simulación absoluta, en la cual el negocio hipotéticamente realizado no existe en la realidad, no posee los elementos esenciales para ser considerado real; y la simulación relativa, donde se realiza el negocio y se simula otro.

Existe un suceso, entre la voluntad interna y declarada, generando una apariencia jurídica para ocultar la realidad. Se nota que las partes saben exactamente el real negocio celebrado, por ejemplo: cuando se finge una compra y venta y no hay pago del precio, en consecuencia, lo que ocurrió en la realidad fue una donación. En este ejemplo, el negocio existió y fue verdaderamente realizado, aunque el objetivo buscado es diferente de aquel que fue presentado.

No obstante, no se debe confundir un acto o negocio jurídico efectivo y concretamente realizado, con el único objetivo de conseguir economizar tributos, en vista que, en este caso, no existe simulación o disimulación, pues en la simulación hay una separación entre el acto o negocio formalizado y aquel que fue realmente concretado.

Se destaca que, en la simulación está presente el dolo, como elemento específico, siendo este el objetivo de obtener un beneficio fiscal injustificado, una ventaja patrimonial indebida o incluso una disminución de las obligaciones tributarias con violación de la ley fiscal. La simulación no puede ser vista como inocente, porque en ella siempre está presente el dolo, lo que transforma un comportamiento en fraudulento.

Podrá estar presente, en la simulación, una intención fraudulenta, pero no es este su fin principal. Siendo que en ella prevalecen terceros que creen en el acto aparente, por tal motivo, es válido el negocio disimulado, así, él siempre será preservado con el fin de proteger a terceros, lo que difiere del fraude a la ley, de la cual resulta la nulidad que alcanza hasta al tercero de buena fe.

De la misma manera, para Heleno Torres (2003),

La simulación, así como el fraude a la ley, en los moldes de lo visto arriba, no exigen el dolo. Perfeccionan, por el pacto de simular, con la interposición de personas o constitución de negocio ficticio o para que pueda encubrir otro, disimulándolo con otro aparente (simulado), o mediante la formación de negocio jurídico que tenga, como finalidad exclusiva, impedir la incidencia de ley imperativa (fraude a la ley).

El Código Civil brasileño, en su art. 167, trae las tipificaciones de la simulación y de la disimulación, y expresamente atribuye nulidad del negocio jurídico simulado, pero considera, como válido, al negocio que fue disimulado, si este fuera válido en la sustancia y en la forma. La simulación es definida en el párrafo único del mismo artículo, explicando que ella se dará cuando aparenta conferir o transmitir derechos a personas diferentes de aquellas a las cuales realmente se confieren o transmiten; y, aún, si los instrumentos particulares fueran anteriores o posteriores a la fecha.

Es relevante resaltar que los principios generales del derecho privado son empleados para la investigación de la elucidación de la sustancia y del alcance de sus institutos, conceptos y formas, cuyos efectos podrán ser establecidos de modo diferente para los fines tributarios, esto es lo que dice el art. 109 del CTN. De esta forma, la ley tributaria no puede dejar de reconocer los institutos del derecho privado o no caracterizar su contenido, pero pueden construir su propia realidad a partir de ellos. Para esto, es imprescindible que, dentro de la ley tributaria, exista una previsión específica en este sentido. Así, si la ley civil conceptúa simulación y prevé su efecto para fines civiles (nulidad), para que su aplicación sea posible, pero sus efectos son considerados solo de forma parcial en la legislación tributaria, esta deberá, expresamente, disponer de modo diferente, es decir, la ley tributaria deberá decir que la no consideración de un acto o negocio solo producirá efecto para fines fiscales y no se extenderá a las demás relaciones jurídicas oriundas del acto o negocio, sean ellas societarias, comerciales, etc.

La ley tributaria establece la competencia de las autoridades administrativas para efectivizar el registro de oficio, en el momento de la constatación y comprobación de que el sujeto pasivo actuó con dolo, fraude o simulación, de acuerdo con el art. 149, VIII del CTN. De esta forma, la tipificación de la simulación siempre estuvo presente entre las hipótesis descriptas y pasibles de ser dichas de oficio. Igualmente, la Ley N° 9430/96, expresamente determinó la conminación de la penalidad aumentada de 150%, con aplicación de la multa de oficio, a decretarse en el caso de evaluación de la violación a la ley tributaria, si se comprobase el nítido objetivo de fraude.

En lo que se refiere a la simulación, cumple destacar que existen aquellos que defienden la posibilidad de la desconsideración de actos, negocios y personalidades jurídicas por la propia autoridad administrativa, si existiera la comprobación de que el real objetivo de las partes fuera disimular, a través de una cadena de actos realizados en un corto periodo. Se cuestiona cuál es el plazo que debe ser meditado, para que los actos de negocios no sean vistos como simulación, y que las actitudes

practicadas sean juzgadas como si no hubiesen tenido el único objetivo de evadir la tributación de ganancia de capital. ¿Sería el período de horas, días, meses o años?

La utilización del criterio exclusivo del tiempo para fines de investigación, desconsideración del negocio y registro de criterio tributario, no parece ser muy seguro para ser usado con el propósito de averiguar si el negocio avanzó al límite de lo lícito y penetró en el área del abuso del ilícito o de simulación, teniendo en vista que él contiene otra connotación subjetiva y no está basado en ninguna disposición legal.

De esta forma, las figuras de la simulación y de la disimulación, tampoco sirven como medida para refutar acto o negocio abusivo, esto porque ambos configuran violación de ley expresa, y, para tal, el ordenamiento jurídico ya posee instrumentos adecuados y sanción, justamente porque no poseen ninguna ligazón con el planeamiento tributario. E, incluso, para que las conductas, actos o negocios comprendidos como simulados o disimulados puedan, además de ser comprendidos como infracción a la ley fiscal, también caracterizar delito tributario, el dolo deberá ser probado por la autoridad fiscal, la cual no podrá invertir la carga, ya que no habla respecto de la hipótesis de presunción legal.

De esta forma, se puede concluir que la simulación es hipótesis propia e independiente de un acto ilícito tributario, siendo que no se consustancia con el abuso de la forma en como fue colocado en este trabajo, es decir, como el acto o negocio lícito concretado únicamente con el objetivo de obtener economía fiscal.

Esta es la razón de porqué la simulación y la disimulación no son consideradas, como criterios a incluirse en una NGAA, por cuanto ellos no configuran un simple abuso, sino auténticas violaciones a la ley. De esto nace el gran error de la Ley Complementaria n° 104/2001, al incluir el párrafo único del art. 116 del CTN, donde intentó concebir una norma “antielisiva” en el Brasil, o Antiabuso.

Por consiguiente, la edición de una NGAA debe ser protegida, como la garantía de seguridad de que, si la práctica del acto o negocio no

estuviera prohibida por la ley, el acto practicado por el contribuyente debe ser considerado como lícito, por cuanto solo será considerado abusivo cuando la ley así lo considere, así él está sobre la protección de la seguridad jurídica.

1.10 CONCEPTUANDO EL ABUSO DE FORMA Y EL ABUSO DE DERECHO

Haciendo un análisis sobre el abuso de forma, se comprende que este es el procedimiento del contribuyente que, en el intento de huir de la incidencia tributaria o disminuirla, utiliza, de manera abusiva, la adaptación de las formas o de las posibilidades lícitas del derecho privado, manipulándolas en disconformidad con las consecuencias o efectos económicos anhelados.

Aún sobre el abuso de forma, es importante ponderar si puede haber abuso cuando las formas lícitas son empleadas de conformidad con el derecho, y se puede considerar una ilicitud cuando el procedimiento es tenido, por el derecho, como lícito. Cumple resaltar que, si existe libertad contractual y libertad de iniciativa, es complejo caracterizar, como abusivo, un acto o negocio en el cual fue utilizado un procedimiento de negocios lícito.

Se desprende, de manera clara, que no se puede considerar, como abusivo, el comportamiento del contribuyente que se revela dentro de la legalidad jurídica o fuera del alcance del tipo fiscal, donde ya no existe derecho del Fisco. Tampoco puede tallar como abuso, aquel procedimiento que asume determinada forma de negocios no prohibida por el derecho, sin ninguna intención maculada, sin ningún acto o negocio disfrazado. Lo que significa que, sin que haya una expresa previsión legal indicando que este es un comportamiento pasible de sanción, no será posible encuadrar ningún acto, como habiendo sido concretado con el abuso de forma

Con relación al abuso del derecho, Alfredo Augusto Becker (1972), que es un teórico que no admite que tal figura no puede ser aceptada con fundamento en la legalidad, afirma que “el derecho cesa donde el abuso comienza, y no puede haber uso abusivo de un derecho cualquiera, por la irrefutable razón de que un mismo acto no puede ser, simultáneamente, conforme al derecho y contrario al derecho”. Además, según el mismo autor, si el sujeto extrapola el límite legal, no significa que está abusando del derecho, por cuanto el uso del derecho no está más en esta causa. Así, si alguien actúa de forma contraria a la regla o eficacia jurídica, actúa sin estar amparado por derecho alguno, siendo su acto simplemente ilegal. Luego, el intérprete o juez no podrán prescindir de la realidad jurídica para prestigiar la realidad económica, bajo el argumento del abuso de derecho (para el autor, con connotación moral), el derecho deberá ser aplicado con fundamento en ponderaciones económicas y no morales, bajo pena de que el intérprete esté practicando un acto ilícito y creando una nueva regla, siendo que la competencia para legislar es del Poder Legislativo.

El legislador puede hacer uso de la técnica de estipular presunciones legales, al incluir nuevas hipótesis de incidencia, inclusive puede tasar actos y negocios, como fraudulentos inoponibles al Fisco, con el objetivo de disminuir supuestos abusos de formas jurídicas. Se resalta que el delito tributario no puede resultar de acusación fundamentada en presunción. Igualmente, para que los actos o negocios de los particulares sean comprendidos como abusivos, en lo que atañe a la forma jurídica, es imperioso que ellos sean expresamente previstos en ley.

No obstante, es importante aclarar que, aun cuando el legislador establece las presunciones legales, ellas se caracterizan, como relativas, o *juris tantum*, permitiendo, siempre, la presentación de prueba en contrario por el contribuyente, ya que el ordenamiento jurídico brasileño no acepta las presunciones absolutas, o *jure et jure*, consagrando el debido proceso legal, el contradictorio y el derecho de amplia defensa.

Se destaca que la doctrina diferencia el abuso de forma del abuso de derecho, al decir que la forma es considerada abusiva por ser inadecuada en los casos de abuso de forma y, ya en lo que se refiere al

abuso de derecho, además de que la forma es inadecuada, existe una intención de perjudicar a alguien.

Con relación al abuso de derecho, Heleno Taveira Torres (2003), enseña que:

Toda vez que un individuo, en el ejercicio de un derecho subjetivo, excede los límites impuestos por el Derecho positivo, en cuanto a la regularidad de este ejercicio, causando perjuicio a tercero, se configura lo que se concluyó en denominar abuso del derecho.

Ricardo Lobo Torres, apunta que el abuso del derecho nace cuando son superados los límites de la razonabilidad y de la proporcionalidad, en la práctica de negocios jurídicos o en la formación societaria, y que, en nombre del equilibrio entre la igualdad y los valores jurídicos, debe ser combatida la elisión oriunda del abuso del derecho.

Considerando el sutil límite que separa los conceptos de abuso de forma y de abuso de derecho, y los disensos doctrinarios y jurisprudenciales para indicarse, con exactitud, una u otra figura, es entendido, aquí en este trabajo, que debe ser considerado, como género, la figura del “abuso”, independientemente de haberse demostrado o identificar si es caso de un abuso de forma o abuso de derecho, esto porque se debe proceder con más objetividad y practicidad. Es que el contribuyente puede practicar actos o negocios lícitos y verdaderos, que se concretan solo para conseguir una ventaja fiscal, y no es conveniente dejar que el intérprete decida por una u otra forma, e incluso, sin que ninguna de ellas este prevista en la legislación tributaria. Esto sin adentrarse en la discusión existente sobre si las figuras del Derecho Civil pueden ser empleadas para fines fiscales sin haber sido hecha la respectiva transposición hacia la ley tributaria.

Se propone el criterio general de poner, en la ley, la figura del abuso, de acuerdo con el criterio del propósito de negociación que fuera fijado en la NGAA, esto buscando volver menos arduo el trabajo de la autoridad fiscal, del juzgador y del contribuyente, en el agobiante intento de saber,

exactamente, cuándo un comportamiento específico deja de ser lícito y pasa a configurar abuso de forma o abuso de derecho.

1.11 LA TIPIFICACIÓN DEL PROPÓSITO COMERCIAL (*BUSINESS PURPOSE*)

Cabe aquí reiterar que, la conducta de la economía de tributos posee un propósito comercial en sí misma, siendo este la disminución de gastos y, en consecuencia, la búsqueda de mayor eficiencia y mejor resultado, el lucro, que es una de las principales razones de ser del mundo comercial. No hay nada de ilegal en la reducción de costos materiales humanos y, también, fiscales, pero solo cuando es realizada por medios lícitos. Siendo que esta se incluye en el ejercicio pleno de la libertad y de la autonomía privada, como manifestación de un derecho y garantía fundamental. Por lo tanto, el planeamiento tributario es un acto lícito y debe ser protegido por el orden jurídico.

Cuando se habla de propósito comercial, se refiere al motivo del acto o negocio, es decir, la razón de su realización. Significa que busca identificar si el acto o negocio tiene motivos comerciales, sean ellos económicos, empresariales, familiares y patrimoniales, válidos y distintos de la simple economía tributaria. Lo relevante es que exista otra razón que justifique la concreción el acto o negocio, más allá del motivo tributario. En este punto, se entiende que el propósito comercial es un género que apunta a la causa el negocio, es decir, que la razón de su efectivación no es solo o esencialmente tributaria, pero esta razón puede tener otros impulsos, como familiar, sucesorio, patrimonial, económico, financiero, empresarial, etc.

Lo que va a revelar la verdad material del acto o negocio efectivamente ocurrido es el examen de la causa, siendo ella uno de los elementos sustanciales del negocio jurídico que, al lado del objeto y de la forma, componen la existencia del negocio. Conforme Heleno Torres

(2003), la causa “es la finalidad o función, el fin que las partes pretenden alcanzar con el acto que ponen en ejecución, bajo la forma de contrato, para adquirir relevancia jurídica”.

Conforme las enseñanzas de Heleno Torres (2003, p. 143), es, a través del examen de la causa que se puede:

i) atribuir individualidad al negocio jurídico como requisito de existencia del negocio; ii) servir como criterio de interpretación del negocio jurídico; iii) constituirse como criterio de calificación del tipo comercial o de la modalidad atípica; iv) identificar la función social del contrato; v) clasificar los negocios jurídicos.

Entonces, en las lecciones del citado autor, no es simple la distinción de los motivos que se encuentran en el campo de las intenciones, porque son elementos psicológicos, y la razón, que es siempre subjetiva. Incluso, existe una coincidencia entre ellos, cuando los motivos quedan objetivados, o por voluntad de las partes o por mandamiento legal (motivos vinculados que, en el campo tributario, siempre tendrán que estar en la ley). Se infiere, de esta forma, que el objetivo se vuelve causa dejando de ser una mera intención y pasando a tener un fin formalmente programado, conforme la “declaración de voluntades objetivas (pasibles de pruebas)”, pudiendo ser comprobados todos los medios de prueba.

Así, el acto o negocio deberá ser sometido a un test de la presencia del propósito comercial, semejante al *business purpose test*, en los EE.UU., o sometidos al llamado examen de motivos económicos válidos que lo justifiquen. Para Sanches Saudanha. (2010, p. 176).

El *business purpose test* no es más que una razón comercial legítima, tal como puede ser demostrada por el sujeto pasivo, en particular, en el caso de este haber adoptado una vía poco habitual. El carácter poco vulgar de la vía escogida no constituye, sin embargo, un modo inadecuado para obtener el resultado pretendido ni esta inadecuación puede ser explicada por la ventaja fiscal que subyace. Por el contrario, estamos solo ante una posible forma nueva e imaginativa de realizar una operación, que se puede explicar por razones fiscales.

Dilucidando mejor, un propósito comercial no denota, necesariamente, un efecto económico lucrativo, en vista de que, entre las varias consecuencias posibles, el lucro es una más de ellas, por lo que hay un riesgo en la decisión empresarial. Es obvio que realizar una operación, imaginando que su resultado será un perjuicio, no parece ser razonable, pero es una consecuencia posible, de la misma forma pueden existir otras tantas razones además de obtenerse una ganancia. Las motivaciones humanas, muchas veces, escapan del concepto medio de la razonabilidad, en busca de diversos fines. Por lo tanto, se concluye que la intención jamás podrá ser utilizada, como criterio, para identificar y calificar si un acto o negocio fue hecho con abuso o se realizó, exclusivamente, para economizar tributos.

Las normas antiabuso, antielisivas o antielusivas buscan descubrir estas intenciones, recogerlas y objetivar el criterio para su evaluación. Lo que ocurre, en verdad, es que toda norma antiabuso busca tributar los actos o negocios que tengan, como único fin, disminuir el tributo.

Dentro de este contexto, la propuesta que se hace es que, teniendo en vista que la estricta legalidad está atenuándose, en favor de otros valores, a través de un activismo administrativo y jurisprudencial, que se da sin poseer fundamento legal, sin la utilización de un criterio específico y de manera no uniforme, y tomando en consideración que el Brasil está abrazando la ola mundial de establecer límites a la libertad y autonomía privadas, así como que este combate se someta a reglas y se dé de forma proporcional, con la utilización de criterios y límites anticipadamente expresados en la ley. Se debe respetar la legalidad, para evitar la producción de un efecto contrario y que se realicen abusos y transgresiones, la invasión de los derechos particulares, en virtud del activismo administrativo, que no puede ir más allá de los límites que el ordenamiento jurídico puede acoger.

En cuanto a los estudios de las legislaciones extranjeras, se verificó un punto común que es el de siempre considerar que existe abuso cuando la razón exclusiva del acto o negocio es conseguir una ventaja fiscal. En los otros países, esto se expone por medio de maniobras de figuras

jurídicas, como el abuso de formas, el abuso de derecho, fraude a la ley, etc., por medio de criterios que ya existen en el Derecho Civil y son trasladados hacia el Derecho Tributario por las leyes de los respectivos ordenamientos.

Para justificar que un acto lícito, que no infringe la ley debe ser considerado como abusivo, se utilizan las figuras más diversas posibles. No obstante, existe una tenue línea de diferenciación, esto porque se tratan de conceptos vagos, indeterminados y ambiguos, lo que vuelve más difícil la evaluación de la ocurrencia y vuelve penosa la tarea de identificar cuándo el acto o negocio encaja dentro del concepto de abuso de forma, abuso de derecho o fraude a la ley. De esta forma, con el anhelo de encontrarse un concepto más objetivo es que se recomienda la utilización del llamado propósito comercial, y se recomienda que la ley instituya cuál es el medio de prueba aceptado para que este sea comprobado.

En este punto, no se entra en la discusión sobre la posibilidad o no de la importación directa de los conceptos civiles hacia la materia tributaria sin expresa previsión legal que reglamente los respectivos efectos fiscales, ya que cualquier hipótesis de incidencia tributaria deberá estar explícita en la ley. Aun, debe hacerse un análisis de qué base de la relación civil tiene la disponibilidad de los derechos y de la voluntad por los particulares, como uno de sus pilares, en cuanto la relación tributaria se da de forma obligatoria y fundamentada en la ley. Así, cuando ocurre el hecho generador, genera la obligación de pagar el tributo. Se nota que, tanto en el origen, como en la naturaleza, las dos relaciones son completamente diferentes.

Con el objetivo de capturar un tipo de procedimiento que revele cuál es el acto o negocio que debe ser tratada como abusivo, con la finalidad de obtener mayor transparencia, practicidad y objetividad es que surge la adopción del propósito comercial, como criterio a utilizarse en una norma antiabuso. Así, se comenzó a aceptar que, cuando existiese la comprobación de la ausencia de otro motivo o propósito comercial, podrá considerar el acto o negocio ilícito como abusivo, verificando que su realización fue simplemente para fines tributarios. En consecuencia, la

autoridad fiscal podrá recalificarlo y cobrar el respectivo tributo, como si el acto o negocio no hubiese existido.

Cabe enfatizar que, cuando ocurre la calificación de actos o negocios de los particulares, esto provoca reflejos en otras relaciones jurídicas provocadas por ella, hasta incluso alcanzando otros atributos que puedan haber sido pagados. Estos reflejos deberán ser considerados, principalmente, cuando existiesen pagos de tributos, esto para que se evite la duplicidad de conminaciones tributarias sobre los mismos hechos que significarían confiscación y dañarían la capacidad contributiva.

Para tener seguridad en ocasión de la aplicación de la recalificación, el propósito comercial necesita comprobarse, a través de documentos, tales como informes y documentos técnicos derivados de terceros o de empresas independientes, que disminuyan el margen de inseguridad sobre cuál es el verdadero objetivo que dio causa a la realización del acto o negocio. Con la exhibición de la prueba, la autoridad fiscal, queda obligada a producir otros documentos con la misma fuerza si quisiera negar o descalificar la prueba del propósito comercial del acto o negocio que presentó el contribuyente.

Se comprende que el informe pericial, en la ley brasileña, es considerado un instrumento probatorio de gran fuerza, siendo reconocido tanto por las leyes comerciales y societarias, como por las leyes fiscales, como una demostración de contenido técnico preparado por perito o empresa de notoriedad reconocida y reputación imaculada.

Las leyes del impuesto sobre la renta ordenan que las operaciones específicas de la empresa estén fundamentadas en informes elaborados por tres peritos o por empresa especializada de notorio reconocimiento público, esto para aquellas operaciones que poseen reflejos en la evaluación de la base de cálculo del impuesto, especialmente cuando se trata de aspectos técnicos, siendo que los peritos deben ser nombrados en asamblea general de la compañía.

Del mismo modo, la Ley de las S.A. hace referencia al informe como soporte probatorio, se verifica en los siguientes arts. 45, 88, 115, 182, 227, 228, 251, 252, 256, 287, de la Ley N° 6404/1977. Se puede citar, también,

que la Comisión de Valores Mobiliarios (CVM), mediante las instrucciones normativas N° 436/2006 y N° 361/2002, buscando transparencia y buscando la protección del mercado, igualmente determina que la oferta pública de acciones tenga por base un informe de evaluación que exponga el valor de la compañía para fines de comprobación del precio de cotización de las acciones.

La mayoría de las veces, la presencia de un informe preparado, de acuerdo con las determinaciones legales, comprobando la existencia de motivo extratributario, será suficiente para servir como elemento probatorio utilizado por el contribuyente para comprobar la veracidad de la causa y el real propósito del negocio hecho efectivo. Inclusive, este documento probatorio tendrá el poder de invertir la carga de la prueba, contrariamente a la ausencia de propósito comercial para autoridad fiscal, siendo que ella solo podrá cuestionar la legitimidad del propósito, a través de la invalidez del informe, y fundamentada en elementos técnicos seguros de que, aquel informe, no es verdadero o se trata de un documento fraudulento.

Para que el contribuyente tenga una orientación sobre los caminos más seguros a seguirse, en ocasión de la realización de un acto o negocio, así como para que la autoridad fiscal utilice, en el momento de la averiguación de si el acto o negocio tiene un propósito comercial, se sugiere la verificación de las evidencias *-tax alert-* que son simplemente alertas que indican el cuidado y la investigación.

Explicado mejor, estos *tax alert* son evidencias de que la autoridad fiscal debe verificar si el acto o negocio tiene u propósito comercial (*business purpose test*), sometiéndolo a un test para que sea evaluada la existencia del propósito, esto debe ser hecho en el ejercicio de la “concreción administrativa de un deber de fundamentación: la Administración debe ser capaz de demostrar que una cierta operación solo puede tener lugar por razones de carga fiscal, solo pudiendo justificarla y constituyendo un desvío en relación con las operaciones que serían hechas en la ausencia de este especial estímulo fiscal”, es lo que enseña Sanches Saldanha (2010, p. 176).

Se enfatiza que, habiendo un informe en que no haya sido probada su inutilidad por la autoridad fiscal, él será suficiente para refutar cualquier otro indicio o *tax alert*, que pueda levantar sospechas sobre la verdad del propósito comercial.

Fue, en los Estados Unidos, por medio de construcciones jurisprudenciales, que el *business purpose*, como criterio antiabuso para justificar la desconsideración de negocios, y en el año 2010, fue tipificado como previsión legal.

Se defiende aquí que la falta de propósito comercial o motivo extratributario sea el criterio legal que permite configurar el acto o negocio como abusivo, aunque él sea lícito. Además, se sugiere carga y ventajas para el Fisco y el contribuyente, en vista de que la Administración Tributaria deberá publicar, anticipadamente, qué circunstancias serán pasibles de desconsideración, teniendo, como fundamento, la presunción de ausencia de propósito comercial, siempre admitida la producción de prueba en contrario por parte del contribuyente.

A su turno, el contribuyente, si desea demostrar su buena fe e impedir la conminación de penalidad, necesitará informar, con anticipación, a la administración tributaria respecto de los negocios que anhela concretar y que podrán ser encuadrados, como planeamiento tributario. Consciente de la información del contribuyente, la Administración tendrá un plazo razonable para analizar e instaurar un procedimiento específico, con el objetivo de evaluar la licitud, o no, del acto o negocio, de acuerdo con el parámetro legal del propósito comercial.

La sugerencia de la NGAA, que tiene por objetivo disminuir la incertidumbre y la inseguridad que, hoy, dominan la relación entre el Fisco y el contribuyente en el Brasil, es la de tipificar el propósito comercial, como criterio que tipifique el acto o negocio abusivo.

1.12 LA TIPIFICACIÓN DE LA CONDUCTA ILÍCITA COMO DELITO TRIBUTARIO

Conforme el análisis hecho en este trabajo, se verifica que la conducta del particular en la práctica de sus actos o negocios podrá ser: lícita, cuando se hiciera el planeamiento tributario; abusiva, cuando fuera realizado el criterio del abuso electo por la ley, de la forma en cómo está propuesto en este trabajo, es decir, con la ausencia de propósito comercial; conducta ilícita, cuando se entra en el ámbito de las infracciones a la ley fiscal; podrá configurar un delito tributario, cuando presente la simulación, evasión o fraude o, incluso, podrá configurar delito cuando fuera probado el dolo.

No es toda conducta ilícita en el ámbito del Derecho Tributario, que configura delito que pueda ser sancionado por el Derecho Penal. Es necesario que haya una ley penal que tipifique, de forma expresa, la conducta como delito. Solo con base en la ley es que se podrá dar el combate a las conductas delictivas, en la cual, el acto o negocio del particular se encaje de forma perfecta, como práctica violadora de la expresa prohibición legal.

Dentro de este contexto, no se puede apartar las máximas *nullun crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, que están expresados en el art. 5º, XXXIX, de la Constitución Federal del Brasil, y en el art. 1º del Código Penal brasileño. Además de esto, deben estar previstos en *numerus clausulus*, aquellas conductas o negocios que configuran delito. Esto, porque, conforme ya fue dicho, no se puede dejar en manos del aplicador, que está sujeto a influencias ideológico-político-sociales, resolver qué es delito o no lo es. Así, será delito lo que la ley tipifique de forma expresa, que presente una conducta que la sociedad rechaza y desea ver castigada.

No se puede admitir que la conducta delictiva este caracterizada, solamente, en base a los indicios y las presunciones legales. Obligatoriamente, la conducta delictiva deberá estar tipificada y encuadrarse completamente en la hipótesis expresa de la ley. Así, prevalece la tipicidad cerrada o la estricta legalidad, ya que las conductas

delictivas no podrían estar previstas en cláusulas abiertas, que dejan espacio para que el intérprete decida que es o no delito, y cuándo es que ocurre. En esta perspectiva, rige la protección máxima de los bienes más valiosos, la vida y la libertad. Esta es la razón de porqué se exige que todas las conductas delictivas o criminales, que serán combatidas y castigadas, estén expresamente tipificadas en ley.

Por lo tanto, los conceptos indeterminados y las cláusulas generales y abiertas no podrán ser utilizados para el encuadramiento de conductas delictivas, como enseña Misabel Derzi (2007, p373-375), los conceptos indeterminados “son caracterizados por su vaguedad de sentido, por los casos-límites o zona de penumbra”, siendo así, no pueden ser aceptados para imputar la práctica de delito. Los conceptos indeterminados y las cláusulas abiertas poseen, en común, la vaguedad y pobreza de contenido y de concreción, ellos exigen un papel más activo del juez, para verificar la posibilidad de una serie de casos límites y, también, determinar sus consecuencias y efectos de graduación. Además de esto, según la citada profesora, los tipos legales no se confunden vaguedad, siendo, por lo tanto, aplicables o no aplicables. Se trata de subsunción: “la libertad del aplicador se agota en la fijación de la premisa”, pues, “una vez establecida, *in concreto*, la coincidencia o no coincidencia entre el acontecimiento real y el modelo normativo, la solución estará, por así decir, predeterminada”.

Se verifica que las figuras de evasión y de fraude están conectadas con el ocultamiento de la realidad, es decir, se practica un acto que da razón al nacimiento de la obligación tributaria, pero no deja que el Fisco tome conocimiento de lo pactado, sea por medio de la práctica de una conducta que enmascare el negocio realizado (simulación), sea a través de actitudes que, ilícitamente, modifiquen o excluyan los caracteres del hecho (fraude fiscal). Con relación a la conspiración, a su turno, se caracteriza, justamente, por el acuerdo entre dos o más personas que buscan concretar los actos de simulación o fraudulentos.

Para que se configure un delito, además de la previsión legal, el tipo exige que la conducta haya sido practicada con dolo, lo que significa que debe existir la presencia del aspecto subjetivo, la intención decidida de

practicar determinada conducta, para obtener el resultado específico de evadir o esconder tributo. La acusación de ilícito fiscal que también configura delito tributario impone, a la autoridad fiscal, la obligación de indicar y probar la ocurrencia que se infringió la previsión expresada en las leyes fiscal y penal, y que el ilícito fue practicado por medio de conducta dolosa del acusado.

El elemento fundamental para la fijación de la penalidad es la medida de la culpabilidad. Además, el fraude solo se configura ante la prueba inequívoca de su ocurrencia, y solo podrá ser penada si también existiera comprobación de su autoría. Además de que no puede subsistir ninguna acusación de delito o responsabilidad de los supuestos responsables, a través de acusación genérica y destituida la prueba.

El Código Penal brasileño proclama que, sin ley no existe delito o pena y que el delito solo será imputable a quien le diera causa: Art. 1°. No hay delito sin ley anterior que lo defina. No hay pena sin previa conminación legal. (Redacción dada por la Ley N° 7209/84).

El concepto legal de los delitos tributarios, en el Brasil, fue hecho por la Ley N° 8137/90 y por la Ley N° 4502/64, siendo que, esta última, en sus arts. 71 y 73, conceptúa el ocultamiento, como siendo un género que abarca las hipótesis de evasión, fraude o connivencia, poniendo al dolo, como elemento específico del tipo penal presente en todos ellos. Por otro lado, la Ley N° 8137/2001, cuando dispone de los delitos tributarios, del mismo modo exige que exista dolo, para la respectiva configuración, en el caso o dolo específico.

En lo atinente a las sanciones, la ley tributaria diferencia los ilícitos que configuran meras infracciones, de aquellas conductas que se encuadran en el tipo legal de delito, de acuerdo con la Ley N° 9430/96, art. 44. En la esfera federal, los ilícitos tributarios son sancionados con una multa.

Dentro del Consejo Administrativo de Recursos Fiscales (CARF), la jurisprudencia administrativa adopta esta distinción, aplicando la proporcionalidad, en vista de que para la aplicación de la multa agravada, se obliga a la existencia de prueba inequívoca y del claro intento de fraude,

conforme se verifica en el fallo CARF n° 25, que dice que la presunción legal de omisión de receta o de rendimientos, por sí solo, no autoriza a la calificación de la multa de oficio, siendo necesaria la comprobación de una de las hipótesis de los arts. 71, 72 y 73 de la Ley N° 4502/64.

Por lo tanto, en el área de tributación, no se debe admitir que, en la ausencia de una norma específica que permita cobrar tributo, en ocasión de un acto o negocio lícito que haya sido realizado solo para economizar tributos, sean empleadas las presunciones o consideraciones personales para encajar la actitud del contribuyente en el tipo específico de simulación y fraude que posee repercusión criminal, como ha ocurrido en la práctica brasileña.

Para hacer una acusación tributaria con repercusión criminal, no puede fundamentarse solo en indicios y presunciones, aunque sean legales, dando el efecto de invertir la carga de la prueba para con el contribuyente, porque la ley determina la prueba del aspecto subjetivo del dolo, como exige el tipo penal, para que se configure la conducta delictiva, lo que no puede ser exigible, ya que, conforme fue afirmado, cuando se trata de delito tributario, el deber de probar la conducta criminal y el dolo es siempre de la autoridad fiscal.

De esta forma, se infiere que, en el ordenamiento jurídico brasileño, en materia de delitos tributarios caben las presunciones legales, siempre que el contribuyente tenga intenciones de producir prueba en contrario a su favor. No obstante, los ilícitos tributarios que poseen reflejos penales no admiten cláusulas abiertas, interpretaciones extensivas o presunciones para comprobarse el dolo y la culpa, en vista de que estos no pueden ser presumidos, deben ser probados. Siempre en los términos de la expresa previsión legal.

Esto es lo que determina la Constitución Federal, en el art. 5°, XXXIX, cuando dice que no hay delito sin ley anterior que lo defina, ni pena sin previa conminación legal.

CAPÍTULO 2 EL PLANEAMIENTO TRIBUTARIO DENTRO DEL CONTEXTO MUNDIAL

2.1 DESARROLLO HISTÓRICO DEL PLANEAMIENTO TRIBUTARIO

Desde que se le impusieron los tributos a la sociedad, ellos vienen siendo resistidos por parte de los contribuyentes que buscan fórmulas para disminuir el costo del pago de tributos, y siempre las autoridades fiscales reaccionaron contra esta actitud del contribuyente, siendo eterna la disputa entre el fisco y los contribuyentes.

Se dice que la tributación es el precio de la libertad, clasificándolo, como el centro del eterno conflicto entre el poder y la libertad. Ocurrió que, cuando los ciudadanos decidieron crear el estado, dotado del poder de regir la vida en sociedad, quedó también instituido que estos ciudadanos deberían pagar para que el Estado pudiese cumplir con sus objetivos.

Así, hubo una legitimación del poder de un Estado para cobrar tributos y el deber de un ciudadano de contribuir a los encargos públicos. Este poder del Estado no podría ser ejercido desmesuradamente, por esto surgió el principio de la legalidad, como una manera de establecer derechos, deberes e imponer límites a los gobiernos, estableciendo derechos y obligaciones para los ciudadanos.

Con el transcurso del tiempo, el anhelo de disminuir la carga fiscal, mediante los planeamientos tributarios, han hecho surgir ejemplos que revelan la interferencia de la tributación, no solo sobre los aspectos social y cultural, pero también en la arquitectura de las ciudades y en la salud pública.

Es cierto que, en la actualidad, no hay más evasiones hechas de forma grosera. He aquí que se desarrolló, por parte de los contribuyentes, una habilidad fiscal en el uso de los planeamientos tributarios, en el intento de conseguir formas más inteligentes de eliminar o reducir tributos. Como contrapartida, con el objetivo de combatir tales comportamientos, en la

mayoría de los ordenamientos jurídicos, fueron aprobadas normas antiabusivas (GAAR o CGAA).

Es relevante comprender las raíces y las influencias socioeconómicas, políticas e ideológicas que hicieron llegar al actual momento, en que procedimientos y negocios lícitos que no violan ni desobedecen a comandos legales expresos, ni fueron abarcados por hipótesis de incidencia, son comprendidos como abusivos y desconsiderados por las autoridades fiscales.

En el Brasil, así como en los demás países, en este primer momento, para suplir la falta de ley expresa, la Administración Tributaria y la jurisprudencia hacen verdaderas contorciones para que se encuadren conductas y operaciones lícitas, como simulación y fraude.

La consecuente expropiación de patrimonio del particular, para que se realice el pago de tributos es una preocupación que siempre acompaña a la historia de la humanidad. Esto sucede porque el particular nunca quiere pagar el tributo que le adeuda al Estado, esto es, no existe un deseo espontáneo que transforme el acto de recoger tributos en un acto placentero y natural para una conciencia ciudadana.

Se nota que, en la Biblia, se encuentran pasajes en donde Jesús fue cuestionado por esta preocupación, con la cuestión de los indeseados pagos de tributos, le preguntaron si era lícito o no pagarle tributos a César, a lo que Jesús respondió con la célebre frase "dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios".

En el siglo XVIII, en Inglaterra, se preveía un impuesto que incidía sobre el número de ventanas que había en las fábricas y en las casas. Este era el llamado impuesto sobre la luz. En la época, se entendía que quien poseyese más ventanas en su casa revelaba mayor capacidad contributiva. No obstante, en realidad, tal tasación demostraba el deseo de recaudar bajo cualquier pretexto. Por otro lado, los contribuyentes, queriendo obtener una reducción del encargo, fueron cerrando las ventanas de sus construcciones con ladrillos dejando solo el diseño de la ventana. Es por este motivo que se ve, por las calles europeas, varias ventanas cerradas, como, por ejemplo, en Francia, Escocia e Italia.

La historia brasileña tampoco fue diferente, en el siglo XVIII, Portugal cobraba, de los brasileños, el impuesto incidente sobre las obras acabadas. De ahí, como forma de evitar el pago del tributo, algunas iglesias eran construidas con dos torres, y a semejanza del caso europeo, ellas nunca finalizaban la obra de una de las torres, esta permanecía sin terminarse y, de esta forma, no podría incidir el impuesto sobre ella. Estas iglesias, de una torre, solo son las llamadas “obras inacabadas”, que pueden ser vistas, hasta hoy, en las ciudades de Olinda y Salvador.

En la Edad Media, las leyes tributarias eran conocidas, como “leyes odiosas” o “normas de rechazo social”. Es notorio que, aún hoy, estas leyes solamente se cumplen por el hecho de que su no observancia da lugar a sanciones.

La voluntad, siempre creciente, de recaudar cada vez más y la mala gestión en la aplicación de recursos, hace que los ciudadanos contribuyentes justifiquen la búsqueda de métodos de reducción de la carga tributaria. No obstante, no se profundizará en la antigua discusión de si la incorrecta moral tributaria del Estado puede justificar los comportamientos incorrectos de los contribuyentes, solo recordando, con Tipke (2002, p. 121), que efectivamente, la actuación del Estado tiene influencia negativa sobre la moral de los contribuyentes.

Por mucho tiempo, los contribuyentes se valieron de medidas groseras de clara evasión fiscal, como las famosas figuras de omisión de ingresos, por medio de saldos acreedores de caja, pasivo ficticio, facturas reducidas, depósitos bancarios sin comprobación del origen, encubiertos por el sigilo bancario, señales exteriores de riqueza sin la correspondiente existencia de la renta. Estas conductas fueron abarcadas en tipos legales, como infracciones, o encuadradas en normas antiabusivas específicas, o incluso caracterizadas, como presunciones legales, debido a la frecuencia con que sucedían y eran detectadas, con fuerza para invertir la carga de la prueba de la autoridad fiscal hacia el contribuyente, como se nota en la legislación brasileña, por ejemplo, en el Decreto ley N° 1598/77, art. 9º, §§ 1º a 3º, Decreto N° 3000/1999, arts. 924 y 925 y Decreto N° 7574/2011, arts. 26 y 27.

Estando las autoridades de hacienda mejor preparadas, habiéndose dado el perfeccionamiento de los mecanismos de fiscalización y de la Procuraduría de Hacienda Nacional, la apertura de los mercados en bolsas, la globalización, los avances tecnológicos y, debido a la necesidad de mayor transparencia y el cobro de una mayor responsabilidad social de las personas y corporaciones, actualmente, no se verifican más estos tipos groseros de evasión.

Con esto, los recursos utilizados por los ciudadanos y empresas, para disminuir los valores gastados con el pago de los tributos, pasaron a ser más hábiles, inteligentes y elaborados, guardando, de esa manera, la correlación con la etapa de desarrollo de cada país. Nace, entonces, el planeamiento tributario, como una forma lícita de disminuir tributos sin que se viole la ley.

No obstante, en repetidas ocasiones, se verifican abusos en el uso del planeamiento tributario por parte de los contribuyentes, igualmente, bajo su manto, pueden ser practicadas conductas ilícitas. Debido a esta práctica de ilícitos tributarios, disfrazados de abusos en el uso del planeamiento tributario, fue que los ánimos fiscales se exaltaron y hubo un gran rechazo y, en consecuencia, el activismo administrativo, contrario a todo y cualquier acto o negocio, aunque lícito, si de él resultase cualquier economía de tributo.

Se verifica que cuanto más desarrollado es un país, mayores son las formas de eliminación de tributos encontradas, y ellas exigen una mayor perspicacia y preparación de las autoridades fiscales para conseguir cohibirlas. De este modo, se crean leyes para intentar alcanzar y combatir las nuevas maneras de disminuir el pago de tributos. No obstante, es forzoso reconocer que es imposible prever todas las hipótesis y registrarlas en leyes, hasta porque la dinámica de la vida empresarial globalizada posee una velocidad imposible de ser acompañada por el proceso legislativo.

Teniendo en vista esta realidad, y para evitar el fracaso de los registros tributarios, por herir la legalidad, en la mayor parte de los países se aprobaron cláusulas generales buscando hacer posible que el Fisco

combata el planeamiento tributario, siempre que se verifique que, a pesar de ser lícito, el planeamiento posea elementos que causen extrañeza, sea atípico o hecho efectivo exclusivamente con la intención de obtener ventaja fiscal y configurar la llamada conducta abusiva.

Al mismo tiempo, no se puede olvidar, como enseña Corrêa (2005, p. 9) que, para que una sociedad alcance un estándar de bienestar mayor:

... es necesario que, además de otras condiciones, se dé una disminución en la tasa de desempleo, aumento de la renta, que implica, también, aumento de consumo y de recaudación tributaria. En fin, el objetivo de mejora del bienestar de una sociedad tiene, como condición necesaria, aunque no suficiente, la obtención de elevadas y permanentes tasas de crecimiento, que pueden ser traducidas por el aumento de la capacidad productiva.

Como resalta el Profesor Paz Ferreira (1994, p. 445):

La generación presente tiene un deber de cooperación para con las generaciones futuras, que corresponde a la extensión temporal de los presupuestos de una sociedad cooperativa, en donde la colaboración corresponde a una regla de funcionamiento de armonía, con la cual a nadie le es lícito obtener satisfacción de sus intereses a costo de los sacrificios de otros miembros de la comunidad.

Continuando con sus lecciones, Paz Ferreira indica que la afirmación de los derechos de los ciudadanos contribuyó mucho para el surgimiento de “sociedades más justas, pero el creciente proceso de globalización de la economía hizo imposible restringir las preocupaciones por la justicia social al espacio de las fronteras nacionales”. Para él:

Mi percepción del mundo pasa por aquello que creo que es una buena sociedad, asentada en la ciudadanía y en la solidaridad y en el entendimiento de que la historia de la humanidad tiene que tener traducción en un intento de encontrar soluciones que viabilicen un creciente bienestar de las poblaciones.

Y, además, muestra que “la concreción del desarrollo exige, entonces, libertades políticas, facilidades económicas, oportunidades sociales, garantías de transparencia y de seguridad”.

Actualmente, la propia sociedad y el mercado imponen obligaciones que deben considerarse en la realidad empresarial, como la consciencia responsable (*accountability*), que abarca el debido cumplimiento de las obligaciones tributarias (*tax compliance*). Se reivindica la transparencia y la publicidad de datos en el sentido de que haya un buen gobierno corporativo (*corporate governance*), para que la optimización del resultado de la corporación se dé de manera eficaz y ética. La gobernanza corporativa es género del cual, la gobernanza fiscal o tributaria (*tax governance*) es especie, colocándose, como forma de colaborar para la obtención del resultado económico, mediante una gestión mejor de las obligaciones tributarias de la empresa.

Conviene recordar que la actual crisis económico-financiera mundial produjo cambios que se reflejaron no solo en el mercado, sino, también, en el campo jurídico. Hoy, es necesario tener una buena gobernanza de las corporaciones, lo que pasa, forzosamente, por la gobernanza tributaria, dado que las empresas necesitan disminuir sus costos y los Estados acrecentar sus recetas.

Conforme el Informe sobre la Promoción de la Buena Gobernanza en cuestiones fiscales de 2009, aprobado por la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios de la Comunidad Europea (CE), la transparencia y el intercambio de informaciones son indispensables para que exista una leal competencia global y una carga tributaria equitativa para todos los contribuyentes honestos. De acuerdo con el ítem 1 de la Exposición de Motivos de la propuesta de Resolución de la CE-2010-, la precisión de mayor transparencia busca crear una táctica coordinada contra el fraude fiscal. Véase lo que dice parte de la exposición de los motivos, *in verbis*:

Los Estados Miembros de la UE (en la UE, a través de acuerdos internacionales bilaterales), así como organizaciones internacionales, como la OCDE subliman que la transparencia y el intercambio de informaciones, en materia fiscal, son la base de una leal competencia en

la economía global y de una carga fiscal equitativa sobre los contribuyentes honestos. Reconocen, también, que la gobernación fiscal es una condición previa importante para preservar la integridad de los mercados financieros. Según una estimación de la OCDE, realizada a finales del 2008, los varios paraísos fiscales, a nivel mundial, atrajeron entre 5 y 7 billones de dólares de activos, aunque el grado de sigilo relativo a estas cuentas haga difícil determinar, con exactitud, los montos localizados en cada una de estas jurisdicciones. Aunque no existan números incontestables sobre el monto del fraude fiscal en la UE, en la literatura económica, las estimaciones apuntan hacia un monto de entre 2 y 2,5% del PBI de la UE, es decir, entre 200 y 250 mil millones de euros. Disponible en: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2010-0007+0+DOC+XML+V0//PT>>. Acceso: 15/1/2016.

La profesora Clotilde Palma, declara que no se puede negar la exigencia de una mayor aproximación de las políticas fiscales y la supresión de las distorsiones ligadas a la fiscalidad. Teniendo en vista este objetivo, consonante con la citada profesora, se produjo un paquete fiscal con la función de combatir la competencia fiscal perjudicial, estando presente en él, un Código de Conducta para la tributación de las empresas, siendo esto considerado, como un compromiso político, un tipo de “gentlemen’s agreement”, no sujeto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este Código, está previsto un método de comunicación de informaciones entre los Estados miembros, por medio de cualquier Estado miembro puede ser invitado a presentar informaciones a otro. Aunque exhibiendo ideas idénticas, en el trabajo publicado en 2005, la profesora señaló que “los tiempos áureos del Grupo del Código de Conducta de la Fiscalidad de las Empresas casi que agotaron su objetivo”.

Hoy en día, la transparencia fiscal está presente, inclusive, en el discurso de las entidades supranacionales y de las organizaciones locales, presentándose, como una forma para superar las contradicciones de la globalización. En la Comunidad Europea, la Directiva 77/799/CEE es la herramienta que prevé la asistencia mutua de las autoridades de los

Estados miembro para el intercambio de informaciones (*Exchange of information*, especialmente sobre los hechos referentes a los impuestos, posteriormente abarcando el impuesto sobre el valor agregado y los de consumo (Directiva 79/1070/CEE). Tal normativa tuvo, como objetivo principal, el de regular el combate a la práctica del fraude y de la evasión internacional, principalmente la transferencia ficticia de beneficios entre empresas de los diferentes Estados miembros.

Los estándares de transparencia y el intercambio de informaciones que han sido desarrollados por la OCDE (*Organization for Economic Cooperation and Development*) están contenidos, especialmente, en el art. 26 del Modelo de Convención Fiscal de la OCDE y en el Acuerdo de Modelo 2002, sobre el Intercambio de Informaciones en Materia Fiscal.

El art. 26, de la Convención Modelo OCDE (*the OECD model tax convention*) prevé el cambio y establece un intercambio de informaciones entre los Estados contratantes, mientras que estas informaciones sean conexas a los impuestos previstos en la convención. Este intercambio de informaciones busca facilitar las actividades fiscales y volverlas más eficientes y justas, pero están limitadas a lo que dice respecto de la materia, pues no podrán proporcionarse secretos comerciales, industriales o contrarios al orden público, y tampoco hay límites en razón de la competencia. Esto se da porque los Estados no están obligados a tomar medidas contrarias a su práctica administrativa.

Cabe realizar un breve comentario sobre la constitución de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, OCDE (*OECD, Organization for Economic Cooperation and Development*). Ella está compuesta por 34 miembros considerados, como países con economías de alta renta y con un alto índice de Desarrollo Humano (IDH). Actualmente, 25 Estados no miembros participan, como observadores o participantes de pleno derecho de regular en las Comisiones de la OCDE, y cerca de 50 no miembros de la OCDE están involucrados en grupos de trabajo, regímenes o programas.

También, en lo que respecta a la OCDE, ha hecho esfuerzos con miras al combate de la evasión fiscal internacional y, también, para la

reglamentación del secreto bancario (en 1985, elaboró el informe: *taxation and the abuse of bank secrecy*). En el Informe OCDE *Harmful tax Competition, an Emerging Global Issue*, de 1988, entre las providencias para combatir la evasión fiscal, se apuntaron criterios de identificación de jurisdicciones consideradas, como paraísos fiscales. En el fueron encuadrados, además de aquellas jurisdicciones con tributación baja o inexistentes y que concedan beneficios fiscales que no afectan la economía local (*ring fencing*), también los países con características que creen imposibilidades de intercambio de informaciones tributarias y en que exista la falta de transparencia en la aplicación de la ley fiscal.

La inserción de las empresas brasileñas en el mercado globalizado contribuyó mucho para el cambio de paradigmas en el Brasil y, también, la apertura del país al capital y a las empresas extranjeras. Después de estos acontecimientos, el país tuvo que adecuarse a los esfuerzos internacionales para el combate a la evasión fiscal. En el año 2011, el Brasil firmó la Convención Multilateral de Asistencia Mutua en Materia Tributaria de la OCDE, inclusive, luego de presiones internacionales, para que se editase una ley para regular con mayor rigor los paraísos fiscales y los precios de transferencia. Actualmente, el Brasil negocia el “sello de transparencia fiscal” de la OCDE y busca ser reconocido, como un país que posee una legislación tributaria y prácticas administrativas transparentes, y por esto, compatibles con las de los otros 108 países que forma parte del Foro Mundial de Transparencia e Intercambio de Informaciones (*Global Transparency Forum*), organizado por la OCDE. En el año 2012, el Brasil fue sede del encuentro de la OCDE para discutir la transparencia fiscal.

En el mundo posmoderno, se vive una época de gran conexión con el mundo, todos los obstáculos territoriales, económicos y de comunicación son superados. Hay una creciente integración y eliminación de barreras ante la globalización económica y digital. Es la llamada era global de la transparencia fiscal, en donde la opacidad, impulsada por el motor de la *soft law*, cede lugar a la transparencia. Esta es la era sin fronteras, con el Google, Twitter, YouTube, Facebook, LinkedIn, entre otras tantas redes sociales.

Hay un incremento en la práctica de los delitos transnacionales en este siglo, tanto lo que son practicados en más de un Estado, como aquellos que manifiestan sus efectos en más de un Estado, o cuyo resultado alcanza a varios países fuera de aquel en que se comete, como es el caso del terrorismo, tráfico internacional de estupefacientes, carteles de droga, delitos cibernéticos, delitos financieros o que involucran activos financieros, lavado de activos, evasión fiscal y de divisas, corrupción, entre otros tantos. Con relación a la evasión fiscal, el aumento también se da a través de empresas ilegales o de procedimientos cometidos con abuso en la utilización de países de tributación favorecida y paraísos fiscales. Se suma a esto la necesidad de una mayor recaudación de los Estados para hacer frente a sus gastos.

Todos estos elementos han conducido a un cambio de paradigmas en la manera como es vista la tributación, en los principios a ella relacionados y en la propia legalidad, especialmente en lo que respecta a la evolución de la antigua opacidad y a la protección inexpugnable de la intimidad hacia una mayor transparencia fiscal. Aunque no todos concuerden, no se puede negar que la idea de Estado liberal, donde existe un privilegio de la individualidad, está cediendo lugar al Estado Social, en que prevalecen los intereses colectivos. Es dentro de este contexto que los derechos fundamentales pasaron a visualizarse.

Véase que, hasta el final del siglo XIX, la jurisprudencia era uniforme en la aplicación de la interpretación literal y restrictiva de las reglas tributarias, como son ejemplo los paradigmáticos casos de *United States vs. Isham*, sucedido en 1873, en los EE.UU.A (Disponible en <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/84/496/case.html>>. Acceso el 2/2/2016) y *Partington vs. Attorney General*, de 1869, en el Reino Unido (Disponible en: <<http://www.taxresearch.org.uk/Blog/2009/03/18/barclays-what-to-do-3-change-the-way-we-interpret-the-law/>>. Acceso el 2/2/2016)

Tanto en los países de tradición *common law*, como en los del *civil law*, hay mucha jurisprudencia, independientemente de existir una ley expresa autorizando, pasaron a rechazar los planeamientos tributarios, aun cuando fueran realizados sin violación o infracción a la legislación vigente.

Se comprende que varias teorías y figuras fueron utilizadas en la construcción de precedentes, por medio de una interpretación que otorgue este respaldo para combatir lo que pasó a ser considerado, no una infracción, sino un abuso en el uso del planeamiento tributario, en los casos en que se verificó el uso de estratagemas y tengan la única finalidad de disminuir o extinguir el tributo. Fueron importados y utilizados en el campo tributario, figuras y criterios de la ley civil, como el abuso de forma, el abuso de derecho, el fraude a la ley, el negocio indirecto, la sustancia sobre la forma, el propósito de negociación, en el intento de construir precedentes.

El rechazo al planeamiento tributario, en el civil law, tiene por base, la “interpretación económica”, de origen alemán. Hasta la primera década del siglo veinte, no existían mayores preocupaciones doctrinarias de las autoridades aduaneras, de los legisladores y de la jurisprudencia por las cuestiones relacionadas al planeamiento tributario. Había ausencia de normas antiabusivas (llamadas “antielisivas”), o construcciones jurisprudenciales, con miras al combate de manifestaciones en este sentido.

Luego de la Primera Guerra Mundial, como reacción al absolutismo de la libertad de los contribuyentes, derivada de los romanos y del Renacimiento, que coincidió con la necesidad de recaudación fiscal para hacer frente a los gastos de la derrota alemana, se inició la nueva era, en cuanto a la forma de ver los actos y negocios realizados, como planeamiento tributario, buscando la reducción de tributos, dando surgimiento a la consideración de conductas abusivas.

El gran marco fue el Tribunal Tributario del Imperio de Alemania (*Reichsfinanzhof*), del caso Mitropa, en 1919, donde se decidió que, ante la inexistencia de una norma especial o cláusula general antielisiva presente en la ley, no sería posible limitar la libertad del contribuyente. Esta fue la decisión que ejerció gran influencia sobre Enno Becker Bes y, a partir de entonces, se introdujo, en el Código Tributario Alemán, la técnica de la consideración económica (*ökonomische betrachtungsweise*) usada para la interpretación y aplicación de normas tributarias.

Este procedimiento fue defendido por varios juristas de otros países, además de Alemania, como Italia y Suiza. En el Brasil, Amílcar de Araújo Falcão fue uno de los defensores del método y, según Mary Elbe Queiroz (2005, pp. 111 y 112), recibió severas críticas de Alfredo Augusto Becker, de Tito Rezende y Gilberto Ulhôa Canto en ocasión de la elaboración del Anteproyecto del Código Tributario Nacional.

Para estos críticos, este criterio interpretativo solo podría ser utilizado por jueces experimentados, con capacidad de “usarlo sin caer en el arbitrio descontrolado o en lo inicuo, lo irracional”, discordando de la posibilidad de que los jueces administrativos pudiesen asumir este tipo de interpretación, por ser muchos los peligros de la admisibilidad de la interpretación económica, en vista de que ya en la época, se entendía que los juzgadores administrativos estaban obligados a adoptar la interpretación fiscal restricta eran notorios, en los procesos administrativos, “numerosos abusos y distorsiones de la ley, contra el fisco y contra el contribuyente”, es lo que describe Gilberto Ulhôa Canto, en su libro *Codificação do Direito Tributário* (1955, pp. 182-183).

La “interpretación económica” (*wirtschaftliche Betrachtungsweise*) alcanzó su auge con el Código Tributario alemán (RAO - *Reichsabgabenordnung*), de 1919, aunque durante la vigencia de la democrática Constitución de Weimar, luego descaracterizada por el nazismo con la Ley de Adaptación Tributaria, seguida por el Fascismo de Mussolini en Italia y por el “justicialismo” de los “descamisados” de Perón en la Argentina. En Alemania, durante, más o menos, diez años, esta doctrina pasó a ser obligatoria en todos los tribunales, legisladores, estudiosos y en las cátedras universitarias, junto con los “métodos absolutos, totalitarios y exclusivistas en el Nazismo”, según explica Alfredo Augusto Becker (1972, p. 105).

Como consecuencia de la aplicación totalitaria se dio, a la interpretación económica todo preconcepto de los regímenes democráticos al combate al planeamiento tributario, lo que hoy, bajo el argumento del Estado social y de la necesidad de recaudación está siendo desbaratado y ampliamente aplicado bajo otro formato.

En los periodos de crisis económicas, la necesidad de mayor recaudación aumenta con énfasis en el combate al planeamiento tributario. Esta verificación es el asunto para la discusión sobre la ampliación de los límites a la interpretación jurisprudencial sobre los negocios privados. Se debe tomar, como ejemplo, los juzgamientos de la Suprema Corte de los EE.UU. de 1873, en el caso *United States vs. Isham*, donde preponderó la estricta legalidad, y el juzgamiento, en 1935, del emblemático caso *Gregory vs. Helvering*, donde fue aplicada la doctrina de la sustancia sobre la forma y el propósito de negociación.

Respecto de la correlación y reflejos entre la necesidad de recaudar y el combate al planeamiento tributario, se nota que, en el año 2010, a pesar de la resistencia de la doctrina a la creación de una norma antiabuso en los EE.UU., se aprobó la codificación de una norma GAAP (*General Anti-avoidance Rule*), es decir, vivenciando una crisis financiera y existiendo la necesidad de reforma en el sistema de salud, se formó un ambiente favorable para la aprobación de una norma expresa de la GAAR. Así, fue tipificada la sustancia sobre la forma, como el criterio legal para el encuadramiento del rechazo a los planeamientos tributarios comprendidos, como abusivos. El mismo tipo de estándar de comportamiento reactivo a las crisis económicas se observó en otros países.

Por lo tanto, se verifica que la tendencia es la de codificación y creación de una norma expresa para regular las hipótesis de planeamiento tributario que, incluso siendo lícitas, podrán ser declaradas, como abusivas y sufrir la desconsideración de los efectos que tuvieran objetivos exclusivamente fiscales. Esto podrá suceder siempre que este todo en los términos y procedimientos previstos de forma expresa en leyes o precedentes de las Cortes Supremas de cada país.

De esta forma, se dio el reconocimiento de la supremacía del principio de la legalidad, certificando que este es el camino menos incierto, que lleva al punto de seguridad jurídica en la relación Fisco vs. Contribuyente.

Luego de varias discusiones y debates doctrinarios, se ve que los grandes maestros brasileños continúan teniendo razón, entre ellos José

Souto Maior Borges, Alberto Xavier, Paulo de Barros Carvalho y Heleno Torres, que declaraban que, en un Estado Democrático de Derecho debe prevalecer la legalidad. En este punto, la legalidad da lugar a una nueva manera, bajo la cual debe ser considerada la estricta legalidad y la tipicidad cerrada.

Frente a la dinámica acelerada de la globalización y de la complejidad de las relaciones, se debe admitir la imposibilidad de que la ley consiga prever todas las hipótesis de incidencia o establezca reglas que alcancen completamente los actos o negocios que ocurren en el mundo, en tiempo real. Esto no revela, sin embargo, que se deba dejar al libre sabor de la subjetividad, de los aplicadores y juzgadores, actuar en ausencia de estas normas, para sustituir al legislador y navegar en el activismo administrativo, como ha sucedido en el Brasil y ya sucedió en otros países.

Como ya fue explicado, el Brasil va en un camino semejante al que ya fue hecho y superado hasta incluso en los países del common law. Es necesario tener conocimiento de las experiencias ajenas para intentar evitar que se reproduzcan aquí, los equívocos cometidos y corregidos en los otros países.

Por lo expuesto, ante la actual incertidumbre e inseguridad generalizada en que se encuentra la relación jurídica-tributaria, es que se verifica la necesidad de creación de un modelo brasileño de norma antiabuso, que considere las peculiaridades del sistema tributario nacional del país.

Para tener una aceptación de la introducción de una cláusula general es necesaria otra visión sobre la estricta legalidad. Esta norma general debe pasar a regular la posibilidad de desconsideración de actos y negocios, incluso lícitos, que no viole ley tributaria expresa o configure infracción al ordenamiento jurídico existente, es una opción de política fiscal. Esto no significa flexibilizar o mitigar este principio básico del ordenamiento jurídico, es, justamente, lo opuesto. Cuando se defiende la creación de una cláusula general antiabuso, se intenta conservar la legalidad que hoy está siendo flagrantemente violada, bajo el alegato de que se está, en el Brasil, introduciendo la fuerza de los precedentes. Se

registra que esta pretensión no obedece a la mínima regla de los precedentes de los países del common law, y tampoco son el resultado de decisiones emanadas del órgano que tiene el poder para elaborar tales precedentes, en el caso del Brasil, el Supremo Tribunal Federal, que es la Suprema Corte del país.

Se hace hincapié en que la propuesta aquí hecha es la de la creación de una norma antiabuso (NGAA), no se defiende la creación de una norma antielisiva, porque sería enteramente inconstitucional la ley que contuviese la finalidad de capturar y combatir todos los planeamientos tributarios, en vista de que ella resultaría en una restricción a la libertad y a la autonomía privada. Se entiende que el ordenamiento jurídico solo podrá aceptar que sean rechazados los actos y negocios practicados con abuso, en los términos previstos en la ley, esto es, aquellos actos y negocios que tuvieren, como único fin, disminuir o excluir tributos y no posean ningún otro propósito de negocios o motivo extratributario.

Así, se quiere hacer entender que una norma antiabuso no está destinada a combatir infracciones o violaciones de la ley, fraude o simulación. En este contexto, existe una verdadera confusión en el manoseo de estos conceptos y figuras jurídicas. Ya existe una previsión legal en varias leyes brasileñas para contener las infracciones y combatir la simulación y el fraude. Cumple decir que una norma de combate al planeamiento tributario, que pretenda ser una NGAA, pasa por el campo de lo lícito y alcanza una conducta que pasará a ser caracterizada, como abusiva, pero sin que ella se haya adentrado en la esfera de la ilicitud, esto es, cuando estuviera caracterizada la infracción o violación de la ley, ya se dejó el terreno del planeamiento tributario y el abuso, y se adentró en las infracciones que exigen una ley expresa para tipificar cada conducta, en específica hipótesis de incidencia.

El acto o negocio deberá ser considerado como abusivo, no porque él fue cometido con violación o infracción a las leyes vigentes, válidas y eficaces, sino porque una norma antiabuso lo encuadra como abusivo. De esta forma, la NGAA debe tener, por objetivo, regular actos y negocios lícitos que pasaron a tener tratamiento tributario diferente, derivados de la

opción de política fiscal en la ley brasileña, para considerar, como abusivo, el acto o negocio que fuera realizado con la finalidad exclusiva de obtener una ventaja fiscal. Para la obtención de este resultado es imperioso que exista una ley que tipifique lo que es abuso y su respectivo encuadramiento, ella debe establecer los criterios, las consecuencias, los procedimientos, debe regular la cuestión de la carga de la prueba, la sanción y el ámbito donde será ejercido el amplio derecho de defensa y cómo se desarrollará el debido proceso legal.

Explicándolo mejor, en un Estado Democrático de Derecho, aunque existan críticas para aceptar cualquier invasión de la autonomía y de la libertad individual, en nombre de la capacidad contributiva, solidaridad e igualdad, deberá existir una previsión expresa en ley. Solo la ley podrá permitir y disponer sobre la hipótesis de tipificación de conductas pasibles de ser desconsideradas y tributadas de modo distinto de aquel elegido por el contribuyente, es decir, obedeciendo estrictamente a la ley.

Siempre que la cláusula general este prevista en el ordenamiento y sea expresamente fijado el criterio, las hipótesis de cuándo, cuáles y en qué momento se sobrepasa el límite de lo lícito para el abuso y cuáles son los procedimientos a adoptarse para el respectivo rechazo, la legalidad podrá admitir convivir con esta cláusula general para el combate al planeamiento abusivo. Solo la ley podrá declarar cuándo no serán aceptadas las prácticas abusivas y si con ellas serán rechazadas o desconsideradas, garantizada, siempre, la amplia defensa a los alcanzados.

Este rechazo y el combate a actos y negocios abusivos no debe darse solo por la jurisprudencia, con sus influencias jusfilosóficas-políticas-económicas-sociales, la cual podrá contaminar la imparcialidad y no siempre traducir la certeza y la seguridad necesarias al interés público y al mantenimiento del orden jurídico y el bienestar social.

Se debe tener una mirada diferenciada para reconocer que se están viviendo otros tiempos, por este motivo, no se puede ocultar más la realidad de que se necesitan crear reglas para orientar a todos, tanto al Fisco, como

a los contribuyentes, y ofrecer resistencia para limitar y evitar los abusos del activismo administrativo que hoy ocurren.

No obstante, el Brasil no debe incurrir en los mismos errores ya identificados y abandonados por la mayoría de los países que se anticiparon y aprobaron normas antiabuso, en ocasión de la creación de leyes para el combate al abuso de los actos y negocios originados, como planeamientos tributarios. Un ejemplo, es la Ley Complementaria brasileña N° 104/2001, en donde consta, como criterio de desconsideración, la disimulación. Sucede que esta figura estaba presente en la ley francesa y recientemente fue modificada, justamente debido a su difícil aplicación.

En vista de esto, luego de identificar la ausencia de uniformidad y la falta de coherencia de la jurisprudencia en las decisiones de rechazo y desconsideración de los abusos cometidos por los contribuyentes. Se demostrará que la Ley Complementaria N° 104/2001 no alcanzó el objetivo pretendido de combatir los planeamientos abusivos.

Conforme lo expuesto, es imperioso que exista una ley que dé una línea a seguirse, un procedimiento a tomarse para que se tenga una orientación, tanto para la Administración Tributaria, en el legítimo cumplimiento de su deber-poder de lanzar, cobrar y ejecutar los créditos tributarios, y para el contribuyente, que podrá organizar sus negocios, y ejercer su libertad patrimonial y autonomía privada de manera previsible y segura.

Conforme enseña Sainz de Bujanda (1955, p. 4620, “El Derecho Financiero de nuestro tiempo ha de esforzarse por encontrar un punto de equilibrio entre la soberanía fiscal del Estado y los derechos sagrados e irrenunciables de la persona humana”).

2.2 LA REALIZACIÓN DEL PLANEAMIENTO TRIBUTARIO EN LOS PAÍSES DEL *COMMON LAW* Y DEL *CIVIL LAW*

Cabe hacer un rápido examen de los sistemas de tradición anglosajona (*common law*) y romano-germánica (*civil law*), considerando las influencias recíprocas y tendencia a la gran aproximación entre ellos, principalmente, con relación a la manera de tratar los planeamientos tributarios. En el Brasil, se discute mucho y ha sido ampliamente adoptada, en la práctica, la posibilidad de que, no existiendo ley o una cláusula general antiabusiva a seguirse, la jurisprudencia construya precedentes que puedan orientar la desconsideración de actos y negocios de los particulares, aunque sean realizados sin violación de la ley, pero que tengan, como único objetivo, la economía de tributos, practicando un verdadero activismo administrativo.

Dentro de la materia tributaria, los principios básicos de cada sistema nacen de la jurisprudencia en el *common law* (*leading case* o *case law*) y de la producción normativa en el *civil law*. No existe un sistema que sea puro.

En el *common law*, hay presencia de leyes tributarias, reglamentos y principios constantes en precedentes judiciales, los cuales poseen la función de normas jurídicas que deben ser obedecidas. En este sistema existe una mayor intervención judicial en la decisión sobre los límites de lo lícito y de lo ilícito, habiendo predominado la *substance over form* y el *business purpose test*, en los EE.UU., hoy, inclusive, presente en ley; y el *step transaction doctrine*, en el Reino Unido. Ya en los países del *civil law*, que, a pesar de estar fundamentado en normas escritas, se está desarrollando una apertura mayor a la construcción jurisprudencial y la opción fue transportar y tipificar, en el Derecho Tributario, figuras del derecho civil, tales como el abuso de forma, el abuso de derecho, el fraude a la ley (*fraus legis*) y la simulación.

2.3 MANIFESTACIÓN DEL PLANEAMIENTO TRIBUTARIO EN EL MUNDO

La carrera para encontrar medidas que puedan combatir el planeamiento tributario es una preocupación que alcanza a todo el mundo. No hay consenso entre las administraciones tributarias, los juristas y la jurisprudencia sobre una fórmula que pueda armonizar los intereses para llegar a un mejor procedimiento que pueda ser adoptado para limitar la libertad y autonomía privada en el comando particular de los negocios y patrimonios, en el ejercicio del derecho de economizar tributo legítimo. No se puede negar que esta libertad es un derecho fundamental del hombre, que debe ser respetado.

Se tiene un gran anhelo por descubrir la fórmula para que la restricción a la libertad y a la autonomía, por medio del combate al planeamiento tributario, se dé más objetiva, proporcional y razonablemente, de forma que no viole el derecho fundamental y que permita una mayor seguridad jurídica. No obstante, la dificultad para encontrarse esta fórmula es enorme.

En los países de tradición *civil law*, que actualmente poseen gran aproximación, se llega a la etapa en que existe semejanza en las soluciones encontradas; ellos utilizan, por ser imperiosa, una cláusula general antiabuso, expresamente prevista en ley, para detener los excesos de los planeamientos tributarios: sea la *General Anti-avoidance Rule* (GARR) en el *common law*, sea la *Cláusula General Antiabuso* (CGAA) en el *civil law*. En todos los casos, se advierte, incluso con la existencia de cláusulas generales, aunque no se tiene los límites bien definidos entre los procedimientos lícitos y los ilícitos, siendo que la mayor parte, sin embargo, diferencia el planeamiento o la elusión, la elusión o el abuso, simulación y fraude.

No existe una contradicción sobre la legitimidad y la total aceptación del planeamiento tributario como siendo lícito. Este derecho es reconocido por todos. En el centro de la cuestión, no obstante, se verifica que las administraciones tributarias intentan, al final, llegar al punto de querer limitar este derecho. Igualmente, es pacífico el rechazo de aquellas conductas que exceden la licitud, con la imposición de penalidades diferenciadas que son más blandas para el caso del abuso o de la elusión.

El punto común a todos los países en los que se avanza en las discusiones sobre el tema es que, con el transcurso del tiempo, especialmente luego de la década de 1980, se pasó a no aceptarse más, en las legislaciones, los actos y negocios concretados con el único o esencial objetivo de disminuir o abolir el pago de tributo, es decir, fueron rechazados los actos y negocios realizados bajo la apariencia de planeamientos tributarios, con el fin de obtener ventaja o economía fiscal. Estos tipos de actos y negocios pasaron a ser considerados, como abusivos, estableciéndose un nuevo límite entre lo lícito y lo ilícito. La diferencia de un ordenamiento jurídico con el otro es la manera encontrada y elegida para tipificar el abuso.

Frente a las críticas y las grandes discusiones sobre la legitimidad del rechazo o no de estos actos y operaciones y de cuáles son los límites entre el poder de tributar y la libertad individual, cada país adoptó un criterio propio para la identificación y la desconsideración de planeamientos tributarios indebidos, tomando en consideración el contexto de su sistema tributario: abuso de forma, abuso de derecho, fraude a la ley, negocio indirecto, sustancia sobre forma, falta de propósito de negocios, etc.

Clotilde Celorico Palma, instruyó que:

En la imposibilidad de tipificar legalmente todos los comportamientos elisivos, ciertos países elaboraron cláusulas generales tan amplias que abarcasen a todos, sea, las cláusulas, de origen judicial o legal. Ex. Alemania, España, Francia, Canadá y Portugal. Algunos EM aplican un concepto general de abuso, basado en la legislación o desarrollado en la jurisprudencia. Otros aplican disposiciones más específicas antiabuso, como las sociedades base y las reglas de subcapitalización. Diversos EM aplican una combinación de reglas antiabuso generales y específicas. Como tipos comunes de reglas antiabuso en la legislación fiscal de los EM, la Comisión (Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo –La aplicación de medidas antiabuso en el área de tributación directa– en la UE y en relación con terceros países, COM/2007/0785 final) indica: (i) Reglas relativas a las CFC (*Controlled Foreign Company*, disposiciones tipo subsección F o *Subpart F rules*); (ii) Reglas relativas a la subcapitalización.

Es importante resaltar que, en muchos países, a pesar de que, hace algún tiempo, ya existe una cláusula general expresa para la lucha contra el abuso, solo recientemente pasó a ser aplicada por la jurisprudencia, como es el caso de Portugal y España, y de otros países que ya realizaron cambios en las leyes aprobadas, ante la dificultad de su respectiva aplicación. Francia, que fue uno de los pioneros en normar una CGAA, tipificando la disimulación, que también es una figura adoptada por el Brasil, en el año 2009, verificó una diferencia de interpretaciones que modificó tal norma.

No obstante, las legislaciones han seguido criterios distintos, existe una cierta semejanza con relación al objeto y al resultado ansiado con la tipificación, pues, en el intento, se considera que hay abuso cuando el acto o negocio, operación o contrato revela una ventaja tributaria, ausencia y propósito de negociación (*business purpose*), o cuando no existe un motivo extraordinario que justifique, incluso, cuando la forma utilizada es incorrecta o inadecuada para el resultado obtenido y se considera que se usó una artimaña en la respectiva realización del acto. Se verifica que todos los otros criterios son oriundos de estos o representan las mismas hipótesis mostradas bajo otras formas aparentes.

Dentro de este contexto, es relevante realizar un muestreo de ejemplos, a través de una rápida visión de aquellos ordenamientos, cuyos modelos, actualmente, ejercen mayor influencia sobre la jurisprudencia brasileña. Conforme será demostrado, en la medida en que cada país definió tipificar una figura, aquella que se ajustase mejor a sus tradiciones y a su sistema jurídico, como un todo, en el Brasil, la jurisprudencia administrativa, ha seguido, indistintamente, todas las figuras, como parámetro para decidir.

Es exactamente esta mezcla y la importación indiscriminada de todos los modelos, que tiene, como consecuencia, la actual falta de coherencia en la elección de criterios y en la ausencia de uniformidad de los registros tributarios por parte de las autoridades fiscales y de la

jurisprudencia administrativa, lo que lleva a las incertidumbres de idas y venidas, esto ha ocurrido siempre en el intento de buscarse precedentes.

De esta forma, se vive un clima de inseguridad general, es decir, tanto para los contribuyentes, como para las autoridades fiscales.

2.4 EL CONTEXTO ALEMÁN

Se nota que el Código Tributario alemán, de 1919, registró el inicio del combate al planeamiento tributario abusivo, al admitir la interpretación económica del derecho, incluyendo la figura del abuso de formas, en su parágrafo 42, información que se extrae del prefacio del libro *Planeamiento tributario: análisis de casos*, cuyo organizador fue Leonardo Freitas de Moraes y Castro; Adolpho Bergamini... [et al.] (2010):

§ 42. Abuso de las posibilidades de estructuración jurídica:

1) La ley tributaria no puede ser lograda por medio del abuso de posibilidades de estructuración del derecho. Si el hecho generador, previsto en la norma de una ley tributaria específica, que sirve para evitar evasiones fiscales, fuera cumplido, los efectos serán determinados, conforme aquella norma. Caso contrario, en la hipótesis de que ocurra un abuso, en el sentido del inc. 2, la obligación tributaria nacerá tal como surgiría si para las relaciones económicas hubiese sido adoptada la estructuración jurídica adecuada.

2) Existirá abuso cuando fuera escogida una estructuración jurídica inadecuada que propiciará, al contribuyente o a un tercero, en comparación con una estructuración adecuada, una ventaja tributaria no prevista en ley. Esto no se aplica si el contribuyente prueba, en relación con la estructuración escogida, la existencia de motivos no tributarios que fueren relevantes en el cuadro general de las circunstancias.

En Alemania se diferencian la evasión y el fraude a la ley fiscal y, también, la elisión fiscal y el planeamiento fiscal legítimo. Se reputa, como una especie de evasión fiscal, aquello que consiste en el abuso de las posibilidades de estructuración jurídica, que es una especie de fraude a la

ley. La Ley Fundamental alemana garantiza la libertad, en general, la libertad económica y la libertad contractual, no obstante, el Tribunal Constitucional considera legítimas, las leyes que buscan limitar esta libertad, cuando ella fuera ejercida en disconformidad con el espíritu de la ley y el sistema tributario. De ahí deriva la posibilidad de reprobación del planeamiento fiscal, no obstante, solamente cuando él se da de manera abusiva y se encuadra en el tipo legal de la cláusula antiabuso.

Cabe resaltar, que el Código alemán, de 1919 pasó por diversos cambios, para hoy contemplar, expresamente, según Adolpho Bergamini... [et al.] (2010, pp. 20 y 21), *in verbis*:

a) Su enunciado no se refiere más al “Abuso de Formas Jurídicas” (el texto original trataba del “Abuso de Formas del Derecho Civil”), sino al “Abuso de las Posibilidades de Estructuración Jurídica”. Esta designación refleja el hecho de no aplicarse a actos o negocios jurídicos aislados, sino a la secuencia de operaciones, a un “plan global”. b) Se determinada ley tributaria específica contuviera una norma destinada a evitar evasiones fiscales, los efectos jurídicos serán determinados conforme la norma antielusiva específica y no por la cláusula general del § 42 CTA. Esta innovación del CTA significa que el legislador alemán debe, preferentemente, evitar las posibles evasiones en la propia ley que instituye el tributo y no por cláusula general antielusiva, necesariamente vaga y de difícil aplicación práctica. c) El nuevo inc. 2 del § 42 CTA deja claro que “habrá abuso cuando fuera escogida una estructuración jurídica inadecuada, que propiciaría, al contribuyente o a un tercero, en comparación con una estructuración adecuada, una ventaja tributaria no prevista en ley”. Conforme la jurisprudencia de la Corte Fiscal de Alemania, lo que debe ser considerado estructuración jurídica “inadecuada” son estructuras complejas, complicadas y artificiales. El hecho de ser “normal” o “usual” no es criterio para caracterizar la adecuación y consecuente licitud de la estructuración, ya que las relaciones económicas son altamente dinámicas y están en constante evolución. d) La estructura escogida deja de ser considerada abusiva si el contribuyente prueba la existencia de causas no fiscales que, en el cuadro general de las circunstancias, fueran relevantes. Esta innovación nos remite a la teoría de la causa y al “business purpose”, de la doctrina de influencia

norteamericana, pero es más amplia que esta última, pues admite cualquier motivo, siempre que no sea tributario. A pesar de atribuirle al contribuyente la carga de la prueba de las causas relevantes, se trata, sin duda, de una loable limitación de la aplicación de la cláusula general antielusiva del § 42 del CTA.

Aún en el mismo libro, el autor declara que la innovación del Código alemán:

... remite a la teoría y al “business purpose” de la doctrina de influencia norteamericana, pero es más amplia que esta última, pues admite cualquier motivo, siempre que no sea tributario. A pesar de atribuirle al contribuyente la carga de la prueba de las causas relevantes, se trata, sin duda, de una loable limitación de la aplicación de la cláusula general antielusiva del § 42 del CTA”.

Incluso, en las lecciones del mismo autor, la jurisprudencia de la Corte Fiscal de Alemania entiende que deben ser comprendidas, como estructuración jurídica “inadecuada”, las estructuras complejas, complicadas y artificiales. El hecho de que ellas sean, o no, “normales” o “usuales”, no es criterio para caracterizar la adecuación y la consecuente licitud de la estructuración, ya que las relaciones económicas son altamente dinámicas y están en constante evolución.

Junto con la cláusula general antielusiva o antiabusiva, está presente el § 41 del CTA, en el cual existe la previsión de una norma general antisimulación:

§ 41 Negocios Jurídicos Ineficaces:

(1) Si un negocio jurídico es o se vuelve ineficaz, este hecho será irrelevante para los fines de la tributación, en cuanto las partes contratantes permitan que alcance y perdure su resultado económico. Esta norma no prevalecerá salvo otra manera que dispusiera la ley tributaria.

(2) Son irrelevantes para los fines de la tributación los negocios o actos simulados. Si por medio de un negocio simulado se encubre otro negocio, se toma en cuenta para fines de tributación el negocio encubierto.

De esta forma, en la legislación alemana existe una diferenciación de la simulación con la norma antiabusiva del § 42, siendo que ella solo se aplica cuando las operaciones realizadas tuvieren existencia real y no estuviere configurada una simulación.

De acuerdo con Anderson Furlan (2008, pp. 80-88) la jurisprudencia del Bundesfinanzhof alemán (Corte Fiscal Federal) pasó por tres etapas distintas. La primera, donde fue utilizada la consideración económica en la interpretación y en la aplicación de las leyes tributarias, con inclusión de la utilización del recurso de la analogía, lo que resultó en abusos en los juzgamientos. La segunda etapa, representada por una vuelta a la posición tradicional de carácter más formalista, en donde pasaron a repelerse las interpretaciones que fuesen más allá de los estrictos términos del derecho privado, lo que surge como una reacción a los abusos practicados por medio de la interpretación económica, retrocediéndose en la búsqueda de la igualdad, en nombre de una mayor seguridad jurídica. Y, la tercera etapa, a partir de 1965, en la cual, el Tribunal Constitucional alemán se manifestó, de forma titubeante, en el sentido de que la forma jurídica externa no debería permitir manipulaciones con efectos fiscales. Según Furlan, tal interpretación podrá sacarse de los juzgamientos del Tribunal Constitucional alemán en los casos: BverfGE 22, 56-160 de 11.07.1967 e BverfGE 25,28-35 de 14.01.1969.

Más allá de esto, es significativo resaltar que la jurisprudencia alemana, al legitimar la cláusula general antiabuso, expresada en ley que trata sobre el abuso de "Posibilidades de Estructuración Jurídica", conforme relata Dácio Rolim (1999, p. 101), al mismo tiempo desarrolló el concepto de proporcionalidad, que debe ser adoptado en el combate al planeamiento tributario, justificado por la protección de la confianza del contribuyente. Se manifestó, también, el derecho del contribuyente de actuar de manera de conseguir una disminución del encargo fiscal, siempre que la acción jurídica no configure la hipótesis de "Abuso de las Posibilidades de Estructuración Jurídica", como está prevista en la ley. Además de esto, en algunos casos, está condicionada la aplicación del § 42, el *business purpose test* y la falta

de otra justificación para la operación que no sea la búsqueda de exclusiva ventaja fiscal.

Consonante con las enseñanzas de Violeta Ruiz (2006, pp. 79-80), el Tribunal Constitucional establece, con relación a los precedentes, los requisitos que podrán ser abarcado por la cláusula antiabuso, delineando los criterios para que un procedimiento sea considerado, como sospechoso, inadecuado o impropio, “cuando no se pueda presuponer que haya sido empleada por un ‘tercero racional’ (*Verständige Dritte*), no obstante, no solo económicamente racional, en la conducción de sus negocios”. Además, en lo que respecta al *step transactions* (operaciones en serio), típicas del *common law*, al mismo tiempo se fijaron criterios rectores, como la preexistencia de un objetivo común a toda operación, que los actos intermediarios sean dependientes entre sí material, temporal y jurídicamente.

El *Bundefinanzhof* consagró que no siempre un camino no común será impropio. Solo en ausencia de prueba de una razón económica, además de la economía o exclusión de tributo es que se considera que existe una no adecuación, pudiéndose, también, aceptar la demostración de que no había otra solución más directa que pudiese llevar al mismo objetivo. Para aquel Tribunal, la aplicación del § 42 debe estar asociada a la proporcionalidad y a las demás normas del sistema tributario, en la medida en que no es ilícita la maniobra que intente, solamente, la reducción del tributo, reconociendo que el planeamiento tributario no está prohibido o es punible, incluso en este caso, la ley no prevé ninguna sanción.

No obstante, existe la alternativa de la desconsideración, cuando las prácticas se encuadren en las hipótesis abarcadas por la cláusula antiabuso y con sumisión a los criterios arraigados en los precedentes. En esta hipótesis, solo se cobra la diferencia entre el impuesto que ya se pagó y el que se pondera adeudado, luego de la recalificación de la maniobra. Tendrá lugar la sanción si existiesen hechos escondidos o informaciones falsas que sobrepasen el límite de lo lícito hacia la evasión. A pesar de constar en ley una cláusula general antielisiva, esta cláusula no está abierta a las interpretaciones en ocasión de su aplicación.

De acuerdo con el profesor Gerd Rothmann (2010, p.21):

Como se ve, la tendencia observada en Alemania es exactamente opuesta a aquella observada en el Brasil. Ante la dificultad de aplicación de la cláusula general antielusiva del § 42 del CTA, el legislador alemán está reduciendo su ámbito de aplicación, en tanto que las autoridades fiscales y algunos 'académicos', menos informados, defienden, ardorosamente, su implantación.

De esta forma, no le es prohibido, al contribuyente, moldear sus condiciones jurídicas, de tal modo que resulten en una carga tributaria menor. No obstante, la forma jurídica escogida por el contribuyente puede ser desconsiderada para fines de tributación, cuando ella tenga, por objetivo, exclusivamente, la reducción de tributos y utiliza una forma que no está aprobada por la ley.

Siendo así, se observa que el entendimiento alemán se afirmó en el sentido de que el planeamiento tributario puede ser desconsiderado por el Fisco, si existiese abuso de forma, el cual se configura cuando se adopta una forma inadecuada a la finalidad anhelada, es decir, no es justificable ni por motivos económicos, ni por otros relevantes motivos extratributarios.

2.5 EL CONTEXTO ESPAÑOL

Pasando al análisis de España, cabe decir que el estudio estuvo basado en los escritos de Lapatza (1998), en su libro La nueva ley general tributaria. Pues bien, la Ley General Tributaria (LGT), de 1963 hasta el año 2003, tipificaba el fraude a la ley, como la base de la cláusula general antielusiva, como una excepción a la prohibición de la aplicación de la analogía para fines tributarios. No obstante, jamás existió consenso, en la doctrina, acerca del fraude a la ley tributaria, si ella era la misma de la ley civil o si se trataban de figuras distintas. Para Lapatza, el fraude a la ley tributaria presuponía una regla tributaria violada y otra de cobertura, que podría ser una norma con tributación más favorable, o ausencia de norma.

Para García Novoa (2004), el fraude tributario no podría ser reclasificado, como fraude civil.

Conforme el art. 24, de la Ley General Tributaria española, la administración tributaria solo podría desconsiderar un negocio jurídico a efectos fiscales, si estuviesen presentes dos preceptos, a saber, el abuso de forma jurídica y la finalidad de disminuir o eliminar la imposición tributaria. La obligatoriedad de tener un presupuesto subjetivo y la ausencia de reglamentación procedimental inicial, o la complejidad de esta luego de su creación, hizo que esta CGAA fuese poco operativa en la práctica, quedando relegada al olvido. Para superar tal cuestión, la administración tributaria, entonces, intensificaba la calificación de los hechos, tal como ocurre en el Brasil. En 2010, el Tribunal Constitucional de España aplicó la cláusula antielisiva española.

La figura del fraude a la ley dejó de existir con la LGT 58/2003, y surgió la hipótesis de desconsideración, cuando hubiere “Conflicto en la aplicación de la norma tributaria” en la identificación de la presencia de elementos competentes. Estos elementos son la falta de previsión en norma tributaria, que considere el acto o negocio realizado, y la ventaja tributaria, que es menor gravamen tributario y, también, la utilización de una manera inadecuada o incorrecta al resultado obtenido; e, incluso, la carencia de finalidad económica, así como el acto practicado es diferente de aquel previsto en la hipótesis de incidencia tributaria, pero produce resultado económico igual, es lo que rige la LGT 58/2003. La LGT, en su art. 16, también trae la diferenciación entre la elusión y la simulación. Así, el planeamiento tributario, para ser oponible al Fisco, debe ser acompañado por un propósito extrafiscal y no la simple intención de elidir la incidencia de la norma tributaria.

2.6 EL CONTEXTO DE LOS ESTADOS UNIDOS

Países como Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Australia y Suecia, adoptan expresamente la teoría del propósito de negociación para verificar la existencia de elisión fiscal abusiva. Dentro de esta teoría, los actos y negocios realizados por el contribuyente, que lo apartan de su finalidad mercantil y tiene el único propósito de obtener beneficios fiscales, son considerados *tax avoidance* (elisión fiscal abusiva). La aplicación de la teoría del propósito de negociación se da, a través de dos formas: reglas judiciales antielisivas (*judicial anti-avoidance rules*), que derivan de decisiones del poder judicial, sistema que prevalece en los Estados Unidos e Inglaterra; reglas legales antielisivas (*statutory anti-avoidance rules*; *General anti-avoidance rules – GAAR*) aprobadas por el Parlamento, sistema que prevalece en Canadá, Australia y Suecia. (Ricardo Lobo, 2006, p. 237).

Las operaciones de los contribuyentes son identificadas, en los Estados Unidos, con las expresiones de evasión fiscal y simulación (*tax evasion*), elisión fiscal o fraude a la ley (*tax avoidance*) y planeamiento fiscal legítimo (*tax mitigation, tax planning*). Se verifica que la jurisprudencia norteamericana fue la que más desarrolló y sirve, como fundamento, para la posibilidad de desconsideración de actos, aunque sean realizados sin violar ley alguna, pero se investigaron actos o negocios que tuvieron solo el fin de reducir tributos. Esta fuerte interferencia judicial tiene, como objetivo, disminuir los llamados *aggressive tax planning*.

La consolidación de la jurisprudencia norteamericana, con el pasar del tiempo, fue en el sentido de consagrar las figuras del propósito de negociación o motivos económicos válidos (*business purpose*), y sustancia sobre la forma (*substance over form*), y simulación (*sham transaction doctrine*), como formas de criterios “antielisivos” para la desconsideración de negocios, cobro de tributos y aplicación de sanción.

Se estableció la obligatoriedad de comunicación al Fisco (*reportable transactions*), en 2007, así, las informaciones por parte de los promotores de operaciones pasibles de ser encuadradas como *aggressive tax planning*, deberían ser reportadas al fisco. Estas informaciones están presentes en una lista (*one step approach*) publicada por el IRS (*Internal Revenue*

Service). Aquellos que participan de estas operaciones están obligados a someterlas a la evaluación del *Office of Tax Shelter Analysis*). De la misma forma, los consultores fiscales (*material adviser*) tienen la obligación de informar las transacciones de las que hayan participado.

En los demás países, las interpretaciones dadas al tratamiento de los planeamientos tributarios, han sido bastante influenciadas por la jurisprudencia norteamericana. Hasta, incluso, en aquellos países de tradición civil law, como en el caso del Brasil, ha buscado aproximarse a aquel tipo de sistema, mediante el intento de construir precedentes y de crear hipótesis de incidencias en la ausencia de ley expresa.

Ocurre que, en el país de los precedentes judiciales, curiosamente, se dio la aprobación de una ley, con el objetivo de unificar y aclarar la diversificada jurisprudencia, en vista de que no había uniformidad de la doctrina jurisprudencial. Tal hecho fue reconocido en la propia exposición de los motivos del *Joint Committee on Taxation* (JCT. Disponible en: <<https://www.irs.gov/pub/irs-irbs/irb07-38.pdf>>), donde consta una explicación técnica para justificar la codificación de la doctrina antiabuso en los EE.UU. Como reflexiona Calderón Carrero (2010, pp. 37-75), existe un verdadero “activismo administrativo” en el combate al fraude fiscal, el cual se pretendió fortalecer con la codificación.

La regla antiabuso fue aprobada en la misma época en que se dio la reforma sanitaria, en el momento de una de las grandes crisis de EE.UU., en 2010, la *US Health Care and Education Reconciliation Act of 2010*, que en medio de otras cosas, reformó el *Internal Revenue Code*, art. 7701 (Disponible en: <<https://www.jct.gov/publications.html?func=startdown&id=3673>>), para crear una norma antiabuso, que eligió la sustancia sobre la forma (*substance over form*) y la sustancia económica (*economic substance*) para ser las categorías tipificadas, como normas antiabusos.

En la comprensión de José Manuel Calderón Carrero (2010, pp. 37-75), este salto legislativo que resulta de la:

... extraña situación de la convivencia de un sistema tributario basado en normas (*rule-based system of taxation*) con doctrinas antiabuso de

elaboración jurisprudencial no uniformes, contrasta con la principal crítica que se viene esgrimiendo frente a la articulación de cláusulas generales antiabuso.

En el Informe *Technical Explanation of the Revenue Provisions of the "Reconciliation Act of 2010", as Amended, in Combination with the "Patient Protection and Affordable Care ACT"*, preparado por el *Staff of the Joint Committee on Taxation (JCT)* del Congreso de los Estados Unidos (Equipo de la Comisión Mixta de Tributación), están presentes las justificaciones, el detalle y las consecuencias de los nuevos mandamientos de la norma que, expresamente, eligió y codificó el criterio de la sustancia sobre la forma. Al lado de la codificación de las reglas antiabuso, cuyo límite separa el planeamiento tributario del abuso, la ley también trajo penalidades más severas en los casos de fraudes.

De acuerdo con el JCT, no hay uniformidad en relación con los criterios para demostrar cuando una transacción tiene sustancia económica. Según el informe, algunos tribunales han negado los beneficios fiscales sobre la base de que no se hubiera podido obtener realmente el beneficio de negocios que resulte de una estructura particular, y otros tribunales negaron los beneficios fiscales en las operaciones en que faltaba el potencial beneficio; y, también, otros aplicaron la doctrina de la sustancia económica, donde existió un beneficio fiscal, la operación tuvo un potencial de beneficio, pero el tribunal llegó a la conclusión de que estos, incluyendo los riesgos económicos, eran insignificantes cuando se comparaban con el beneficio tributario. Según el informe del JCT, es nítida la carencia de uniformidad de criterio en los tribunales, para tomar una decisión, cuando se diera la presencia del *business purpose test*, es decir, cuando el beneficio financiero contable es mayor que el beneficio fiscal. La proporción aceptada entre el lucro y la reducción tributaria no está definida.

Se buscó justificar la precisión de la codificación, para situar los criterios, conforme los cuales, las transacciones puedan ser consideradas planeamientos lícitos en la exposición del JCT. Con este fin, las transacciones deberán ser sometidas a un conjunto de análisis y al test

acumulativo (*conjunctive test*) que demuestren la existencia de sustancia económica. Solo habrá sustancia económica en una transacción si, acumulativamente, estuvieren presentes: el aspecto objetivo (*substance over form*), dado cuando la transacción altera significativamente la posición económica del contribuyente, además del efecto tributario. Pero, no basta solo un efecto potencial de la operación (*profit potencial test*), tiene que existir un beneficio económico mínimo; y el aspecto subjetivo (*business purpose*), que ocurre cuando el contribuyente comprueba su propósito empresarial, o finalidad económica importante, que se extienda más allá de los efectos tributarios federales del IRC, y que justifique la transacción. La disposición establece una definición uniforme de sustancia económica, pero no modifica la flexibilidad de los tribunales en otros aspectos hasta comenzar de verdad.

Se verifica que, para la doctrina jurisprudencial, no se puede rechazar una operación hecha, únicamente, para obtener ventaja fiscal, cuando los motivos fiscales derivan de la existencia de una ley editada, exactamente, para permitir este comportamiento a los contribuyentes. Además, se debe analizar las circunstancias del acto, la buena fe, la intención del agente, si existe una justificación razonable (*reasonable cause*) para hacer efectiva la operación, si se informó o declaró a la administración tributaria (*disclosure*), este análisis debe ser hecho, principalmente, para la caracterización de la existencia o no de fraude, cuando va a darse la imposición de penalidad.

Con relación a las sanciones, existe una previsión de penalidad más débil, de 20%, que podrá ser aplicada cuando no exista la intención determinada o dolosa de evadirse al recogimiento del tributo y al pago en valor menor se dio por mera negligencia. En caso de que haya una grosera distorsión, la penalidad será aumentada a 40%, salvo en los casos de paraísos fiscales, la penalidad podrá hasta ser reducida, si el contribuyente demuestra que actuó de buena fe y que había un “motivo razonable” para haber efectuado un pago menor, o, también, si la conducta fue practicada siguiendo un análisis de un consejero fiscal profesional, o si todos los hechos pertinentes fueron adecuadamente divulgados y no existe una base

razonable para el impuesto (esta hipótesis se aplica aun cuando se trate de paraísos fiscales).

Existe, también, la determinación para que el Secretario del Tesoro divulgue y publique las operaciones que poseen un potencial de evasión fiscal y aquellas que son sometidas al régimen de “*disclosure*”, así, el contribuyente está obligado a informarle, a la Administración Tributaria, tal actitud, que configurará la buena fe y atenuará la aplicación de penalidades.

En lo referente a las fuentes normativas, vale resaltar que, aunque el sistema sea del de common law y respete la fuerza de los precedentes, hay una extensa legislación infraconstitucional respecto de la tributación, especialmente del impuesto de renta, con el *Internal Revenue Code* (IRC), que puede ser llamado Código del Impuesto a la Renta, previsto en el título 26 del Código de los Estados Unidos, contando, en 2011, con más de dos mil páginas, es lo que relata Carlos Lopes (2011, p. 67).

2.7 EL CONTEXTO FRANCÉS

La jurisprudencia de Francia acepta la desconsideración de actos y negocios cometidos con abuso de derecho, desde los años 20 del siglo XX. Solo en 1941, es que el *Code Général des Impôts* creó la primera regla antiabuso. A partir del año 1981, hasta el año 2008, rigió, en Francia, una cláusula antielusiva, el art. 64 del *Livre des Procédures Fiscales*. (LPF), que permitía la desconsideración por parte del Fisco de los actos que encerrasen el objetivo de disimular el real contenido de un contrato o de otro acto practicado con la única finalidad de disminuir la carga tributaria. Una parte de la doctrina cree que habría sido la Ley francesa que inspiró el art. 116, párrafo único, del Código Tributaria Nacional brasileño. En Francia, la doctrina diferencia *choix fiscal* (economía legítima de tributos), de *fraude fiscale* (el fraude fiscal considerado, como una conducta prohibida) y la *évasion fiscale* (como siendo la violación indirecta de la ley fiscal).

Gran parte de la doctrina entendía que la hipótesis legal del art. 64, del LPF, solo sería aplicada en casos de simulación; este entendimiento fue acogido, inicialmente, por la jurisprudencia del *Conseil d'Etat*, hasta el

año 1981. Pero, la jurisprudencia minoritaria entendía que la norma alcanzaba, tanto a la simulación, como a la elusión fiscal, y que la disimulación podría derivar, tanto del abuso de derecho, como del fraude a la ley, esta comprensión fue posteriormente acogida por la jurisprudencia.

De esta forma, se hacía una distinción entre el *abus de droit-simulation*, que se daba por medio de actos ficticios, disimulados o por interposición de personas, donde había una operación de apariencia real, pero poseía una esencia falsa, siendo efectivizado con el fin de obtener una ventaja fiscal, y el *abus de droit-fraude d'intention*, que se refería al fraude a la ley, como consecuencia de una operación real, no ficticia, pero artificial, inusual, anormal, con el único intento de disminuir tributos.

Frente a tantas diferencias, la figura del *abus de droit-fraude d'intention* pasó a ser comprendida, como fuente de inseguridad y, por falta de requisitos objetivos, en 2008, fue revocada aquella norma para suprimir la figura de la disimulación. Entonces, desde 2009, con la ley 2008-1443, que modificó el art. 64 de la LPF, Francia pasó a adoptar, como criterio para la desconsideración, además del abuso de derecho, la inoponibilidad ante el Fisco de acto que sea clasificado, como violación a la ley, que tenga carácter ficticio y solo tenga, por objetivo, conseguir ventaja fiscal. Aquel contribuyente que queda disconforme, puede presentar su defensa contra el acto de la administración ante el *Comité consultatif pour l'expression de l'abus de droit*, que está formado por miembros especialistas del *Conseil d'Etat*, de la *Court de Cassation*, el *Directeur Général* des Impôts y un profesor de derecho o economía.

2.8 EL CONTEXTO ITALIANO

Solo en el año 1997, con el Decreto Presidencial N° 358/1997, que modificó el Decreto N° 600/1973, es que, en Italia, se introdujo una cláusula general en la cual, la Administración, no podía oponerse a los actos, hechos y negocios practicados sin una razón económica.

Helena Torres (2003, p. 256) declara que las conductas “antielusivas” con combatidas en Italia, mediante “preventivas y correctivas”, sobre todo luego de la Ley N° 408/1990, art. 10. En Italia existe la diferenciación entre las figuras de *evasione fiscale*, es decir, evasión de tributos por medio de actos ilícitos y *elucione fiscale*, que significa fraude a la ley, y el *lecito risparmio d'imposta*, esto es, la economía legítima del impuesto. No obstante, haciendo una lectura del art. 37 bis, del Decreto 600/1997, se verifica que se trata de una norma que sistematiza la inoponibilidad, frente al Fisco, de actos, hechos o negocios realizados con el objetivo de contornear exigencias o prohibición de ley. De esta forma, se concluye que no se trata de una verdadera CGAA, ya que la norma está dirigida a actos de infracción, y no es aplicada en el combate a los planeamientos tributarios abusivos.

2.9 EL CONTEXTO INGLÉS

En Inglaterra también rige el sistema del *common law*, o *leading case* o *law case*, y también la tradición de los precedentes. En lo que respecta a los planeamientos tributarios, se utilizan las expresiones: evasión fiscal, significando disimulación (*tax evasion*), elusión fiscal o fraude a la ley (*tax avoidance*) y planeamiento fiscal legítimo (*tax mitigation, tax planning*). No obstante, hay reglas para la corrección de casos específicos de planeamiento, desde el siglo XIX y, al contrario de lo que ocurre en EE.UU., donde fue consagrado el *substance over form*, en el Reino Unido se le dio amplia importancia a la visualización de las operaciones realizadas en conjunto (*step-by-step doctrine ou step transaction doctrine*, caso *Furniss v. Dawson*, 1984).

Por mucho tiempo preponderó la máxima consagrada en la decisión *Partington v. Attorney General* de 1869, que determinaba que la tributación debería obedecer “within the letter of de law”, mantenida integralmente en el caso “*Duke of Westminster v. Inland revenue Commissioners*” (1936). El gran cambio sucedió con la decisión de la *House of Lords*, en el caso “*W. T. Ramsay v. Inland Revenue Commissioners* (1981)”, esto es lo que señala Gustavo Courinha (2004, pp. 39-47).

En 1994, fue creado por el IFS el *Tax Law Review Committee* (TLRC), que servía para analizar procedimientos que pudiesen hacer más eficiente y reducir los encargos innecesarios al sistema tributario inglés. Y en el año 1997, el TLRC sugirió la creación de una cláusula general antiabuso (GAAR), siendo que las conclusiones del TLRC fueron de que la GAAR (*the basic rule*), cuyo objetivo de bloquear la realización de operaciones de negocios abusivos presenta grandes ventajas en relación con los precedentes, relativos a la seguridad jurídica y a la justicia fiscal. En los términos de aquel informe, la GAAR, incluso garantizaría los verdaderos planeamientos tributarios y la recaudación.

En el Reino Unido, desde el año 2004, fue incluido un *System of Disclosure of Tax Avoidance Schemes*, como una manera de impedir la elusión fiscal y también controlar la recaudación. Con el *disclosure*, el responsable de una empresa que desea ofrecer o vender operaciones que podrán ser consideradas como elisivas, necesitará informar, tal hecho, a las autoridades del *Inland Revenue*, las cuales clasificarán la operación con un número que deberá ser proporcionado a los clientes. Existe, también, una lista de operaciones para las cuales deberá existir el *disclosure* y tendrán que ser obligatoriamente notificadas al IFS.

En 2007, el Ministro de Finanzas reconoció que el gobierno, en los últimos años, ya había adoptado varias técnicas antielusión y anunció una revisión de la legislación antievasión, porque, de acuerdo con él, no habría una *golden bullet* (bala de oro) para impedir la evasión fiscal. En los años 2009 y 2010, el TLRC propuso, nuevamente, una GAAR, lo que daba énfasis a las operaciones *tax-driven* y al *business purpose test*, para alcanzar a aquellas operaciones que tengan la finalidad, o uno de sus principales objetivos sea la elusión fiscal.

Según el informe del TLRC, para determinar una transacción *tax-driven*, se debe considerar la forma jurídica del acto realizado, incluyendo los derechos y obligaciones legales creadas por la transacción y, también, la sustancia económica y comercial e, incluso, el *timing* de cualquier paso, la duración prevista de cualquier etapa o cualquier recurso en la transacción, incluyendo la modificación de las situaciones financieras. No

obstante, la mayor preocupación se daba con la ventaja obtenida y no con el propósito de la negociación.

Se nota que se trata de un país más del common law que reconoce que la aprobación de una norma expresa (GAAR) es el camino de menor inseguridad jurídica que puede ser utilizado en el combate al planeamiento tributario abusivo.

2.10 EL CONTEXTO PORTUGUÉS

En Portugal, existe una distinción del planeamiento fiscal legítimo, clasificado como una evitación fiscal, el ahorro fiscal o la economía fiscal de las prácticas abusivas, la evasión ilícita o ilegítima. Conforme Antônio Carlos Santos (2009, pp. 63-64), en el “lenguaje político de la comunicación social, el planeamiento fiscal es, además, muchas veces acriticamente equiparado a la fuga al fisco, a formas de evasión e incluso de fraude fiscal”, lo que compone una verdadera “babel terminológica”.

De la misma forma que en los demás países de Europa, en Portugal, el combate a las formas de reducción de tributos, hasta el año 1999, era realizado mediante presunciones y cláusulas antiabuso sectoriales específicas, las cuales buscaban cerrar las brechas de la legislación a la creatividad fiscal de los contribuyentes. En el caso portugués, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Administrativo (STA), hace mucho ya entendía que la tipicidad fiscal no exige un detalle que se agote en la norma y que podrían ser aceptados conceptos indeterminados. En 1999 se aprobó una CGAA, verificada en el art. 57, I, de la Ley 87-B/1998, que incluyó el art. 32-A, en el Código Procesal Tributario. La Ley nº 30-G/2000 pasó a ser el art. 38 de la LGT. La CGAA fue acompañada de otras normas que complementaron sus disposiciones, con el objetivo de regular el ámbito de su empleo y los procedimientos, debiendo ser utilizada tanto por las

autoridades fiscales, como por los contribuyentes. En el art. 39 de la LGT, se definió, expresamente, cómo será la tributación de la hipótesis de simulación, cuya declaración de nulidad, a fines de tributación del negocio jurídico real depende de decisión judicial. Para fines de encuadramiento, como simulación, el Código Civil portugués define que se trata de una combinación para engañar a terceros, en donde la declaración de negocios difiere de la voluntad real del declarante, cuya consecuencia es la nulidad, haciendo, incluso, la distinción con la simulación relativa.

Se verifica que la Cláusula General Antiabuso portuguesa determina que, a efectos de la aplicación de esta cláusula, y para que un comportamiento sea relevante al Fisco, es necesario que, conjuntamente se recurra a una configuración jurídica no habitual, articulada de manera artificiosa o fraudulenta y con abuso de las formas jurídicas y, también, es necesario que se obtenga el mismo resultado económico que sería alcanzado en caso de que se utilizase la configuración jurídica normal prevista en la ley fiscal, e incluso, la configuración jurídica no habitual sea utilizada con el objetivo, único o predominante de excluir o disminuir el impuesto o de obtener ventajas fiscales.

Resumidamente, en el sistema portugués son ineficaces los actos y negocios jurídicos artificiosos o fraudulentos, practicados con formas jurídicas que tengan, por objetivo, la disminución, la extinción o el aplazo temporal de tributo, y la aplicación de las normas antiabuso depende de la previa autorización de la autoridad jerárquica superior y el contribuyente debe ser escuchado, y podrá producir prueba en contrario.

Además de esto, el contribuyente también podrá requerirle, a la administración tributaria, información vinculante sobre los hechos, en este caso, las disposiciones antiabuso no serán aplicadas, a no ser que, entre el negocio y su verdadera sustancia haya diferencia. En Portugal también existe una Declaración de Planeamiento Fiscal, que los contribuyentes deben presentar para informar esquemas o actuaciones en planeamiento fiscal, en los cuales, el objetivo exclusivo o mayoritario, sea el de obtener una ventaja fiscal.

Posteriormente a la aprobación de la norma antiabuso, surgieron grandes discusiones doctrinarias respecto de su constitucionalidad, por presentar una violación a la autonomía privada, a la legalidad tributaria y a la seguridad jurídica. Las críticas que prevalecieron hablaban sobre la indeterminación y la amplitud de conceptos empleados en la ley, como, por ejemplo, la ventaja predominantemente fiscal, también hablan de la desproporción de las penalidades, de la inexistencia de obligatoriedad para la Administración de responder a las comunicaciones de los contribuyentes. No obstante, parece que hoy, la doctrina portuguesa más moderna ha aceptado la norma, como constitucional, conforme Anderson Furlan (2008, p. 115).

De forma pionera, en 2011, el Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS), en la acordada 04255/10, admitió la constitucionalidad de las normas antiabuso del art. 38, n° 2, de la LGT, y decidió que las normas antiabuso encuentran su razón de existir en el comportamiento evasivo de los contribuyentes y en la necesidad de una reacción adecuada, aunque se reconozca que la economía de impuestos es natural a la racionalidad económica, es decir, al deseo de economizar, siempre por medios legítimos y lícitos. Para el juzgador, la evasión o elisión fiscal se da por actos o negocios lícitos, aunque la ley fiscal clasifica, como no siendo conforme la sustancia de la realidad económica que le es subyacente. Se verifica, en la citada acordada que el TCAS puso límites a la aplicación de la CGAA a los comportamientos evasivos y fraudulentos, en el sentido de su aplicabilidad a los negocios artificiales que buscan, exclusivamente, la disminución o la eliminación de tributos, conforme describe Rogério Fernandes (2011, disponible en: < www.plmj.com>).

2.11 EI CONTEXTO DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA

Es importante hacer una breve nota sobre la Unión Europea (UE), ella es la unión económica de 27 Estados miembros independientes; las

principales instituciones de la UE son: el Parlamento europeo, responsable de representar a los ciudadanos; el Consejo de la Unión Europea, que representa a los gobiernos; la Comisión Europea, que es un órgano para la defensa de los intereses de la UE; el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, compuesto por un juez de cada país de la UE; y el Banco Central Europeo, que es responsable por la política económica.

Los Estados-miembros están vinculados a las normas y a los tratados internacionales del ordenamiento de la UE, las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), y también las normas editadas por los órganos institucionales, principalmente, las Directivas del Consejo de la Unión Europea (CUE), las cuales buscan armonizar las legislaciones de los Estados-miembros.

Las directivas de la Unión Europea no contienen disposiciones relativas al planeamiento tributario, sea elisivo o considerado como abusivo. Sin embargo, buscando la armonización de las legislaciones de los Estados-miembros, se encuentran, en las Directivas de la UE, las autorizaciones para que los Estados-miembros adopten tales reglas. Le compete, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea tomar decisiones respecto de las reglas de los Estados-miembros (EM), decisiones estas que tienen, como objetivo, evitar posibles fraudes, evasión y abuso.

Con el transcurso de los años, el TJUE viene construyendo la jurisprudencia en el sentido de delinear la adopción y la aplicación de normas antiabuso por los Estados miembros que posean, por objetivo, evitar posibles fraudes, evasión y abusos. En la construcción del concepto de abuso, el TJUE ha dado importancia al examen de puntos relativos a la finalidad del procedimiento artificioso realizado sin que exista una justificación válida e, incluso, si los resultados de aquel procedimiento están previstos y son alcanzados por los objetivos de las normas comunitarias.

En una recomendación llevada a los Estados miembros, la Comunidad Europea asegura que, muchas empresas, están practicando lo que se intituló de planeamiento fiscal agresivo. Es exactamente la práctica de multinacionales que registran sus controladas o coligadas en los países cuyas leyes tributarias son un poco más flexibles. Impiden, así, los gastos

con determinados impuestos y alcanzan directamente la recaudación de los países europeos y la ampliación de la recaudación es lo que los miembros de la Zona del Euro ansían.

La solución es la creación de una norma general antiabuso (NGAA) aplicable a todos, siendo que así se impediría la utilización de paraísos fiscales para la instalación de *holdings*, por ejemplo.

CAPÍTULO 3. DESARROLLO DEL PLANEAMIENTO TRIBUTARIO EN EL BRASIL

3.1 EL DESARROLLO HISTÓRICO-LEGISLATIVO

La obligación del pago de impuestos y su cobranza siempre fueron tratadas en sede constitucional en el Brasil, y estuvieron bajo el manto de la legalidad. El sistema tributario brasileño se describe en la Constitución Federal de forma explícita, analítica y detallada, dictando todos los principios, las competencias tributarias, los tributos, incluso colocando bajo la reserva de la ley complementaria el disciplinamiento de determinadas cuestiones, tales como la definición de los tributos y sus especies, los hechos imposables, las bases de cálculo y los contribuyentes, las obligaciones, el lanzamiento, el crédito, la prescripción y la caducidad.

Desde la Constitución de 1824, se ha reforzado el principio de la legalidad, dado que se reprodujo en las constituciones de 1891, 1934 y 1946. Después del golpe militar de 1964, se suspendió el orden constitucional y, a través de la Enmienda constitucional N° 18 del 1/12/1965, se cambió todo el sistema tributario nacional, pero se sostuvo el principio de la legalidad en materia tributaria.

El actual Código Tributario Nacional (CTN) consagró la legalidad a lo largo de su texto, un ejemplo de ello son los artículos 3°, 4°, 97, 110, 112, 114, 116, 117, 118, 121. Conforme declara Anderson Furlan (2008, p. 183), hasta incluso parte de la doctrina, que otrora defendía la interpretación económica o funcional, comenzó a abandonar sus propias posiciones en nombre de la estricta legalidad. Según declara Paulo De Barros Carvalho (2005, p. 159), la legalidad que siempre fue la base y el norte del sistema tributario brasileño, en sus interpretaciones de estricta legalidad o tipicidad cerrada, y precisamente por ser un sistema constitucional tributario, siempre adoptó la rigidez de las hipótesis de incidencia expresadas en la ley.

Las modificaciones ocurridas en el resto del mundo, en el impulso de la creciente ola de Estado social, fueron el puntapié inicial de la etapa actual en la que se encuentra el Brasil con respecto al planeamiento tributario.

Se puede inferir, claramente, que el marco inicial fue la Constitución de 1988, llamada Constitución Ciudadana, en la que se consagró la República Federativa del Brasil como un Estado Democrático de Derecho, teniendo en cuenta como valores supremos los derechos y garantías individuales de los ciudadanos y los derechos sociales, la dignidad de la persona humana, la función social de la propiedad, la igualdad, la justicia, la solidaridad, la capacidad contributiva, con el fin de construir una sociedad libre, justa y solidaria, asegurando el desarrollo nacional, la erradicación de la pobreza y la marginación, así como reducir las desigualdades sociales. Esto de acuerdo con los artículos 1º, 3º, 5º, 6º, 145 y 193, solo por nombrar algunos de los presentes en la Constitución.

Otra contribución legislativa importante para el cambio de paradigmas, la interpretación de los actos y negocios emprendidos, y el rechazo de los planeamientos tributarios fue el Código Civil de 2002, que reveló varios conceptos como la superposición de la intención sobre la legalidad, según el art. 112 de la ley, y la interpretación de los negocios de acuerdo con la buena fe y los usos y costumbres, como rige en el art. 113, y el fraude a la ley imperativa, la nulidad de lo simulado y la persistencia de lo que se disimuló, si fuera válido en la sustancia y en la forma, la persistencia del negocio cuyo objetivo se pueda suponer como querido por las partes, el abuso del derecho, la función social del contrato; los contratos deben considerar la probidad y la buena fe. Todos estos acontecimientos se unieron para la transformación de los paradigmas de otros países que ya habían aprobado las Cláusulas Generales Antiabuso (CGAA), incluso, habiendo presión internacional para que el Brasil pasase a adoptar procedimientos para eliminar los planeamientos tributarios internacionales, como en el caso de la legislación (Ley N° 9430/1996) sobre los paraísos fiscales, los países con tributación favorecida y los precios de transferencia (*transfer price*).

Desde entonces, después de haber sido motivada por un nuevo espíritu de “activismo administrativo y judicial”, la Administración Tributaria brasileña, que actuaba de manera tímida, pasó a desarrollar una forma más agresiva. Se destaca la influencia de la creación de las Delegaciones de Grandes Contribuyentes (DEMAC) y las Delegaciones de las Instituciones Financieras (DEINF), que son los órganos de Recaudación Federal del Brasil, especializados en la fiscalización de grandes empresas.

Se puede identificar, dentro de ese contexto, la aparición de las primeras voces para llevar al Brasil a este cambio de paradigmas, que ya ocurría en el resto del mundo con respecto al tratamiento a dar a los planeamientos tributarios, pudiendo destacar las de Heleno Torres (1998) y Marco Aurélio Greco (1998). Se verifica que estos profesores iniciaron la defensa de una conducta intermedia entre lo lícito y la infracción, sin embargo, siempre con previsión legal que discipline tal posibilidad, aunque Marco Aurelio Greco admite la anticipación de la jurisprudencia en ausencia de ley.

Se inició en el Brasil una lucha contra el planeamiento tributario admitido por la jurisprudencia administrativa, con la justificación de que habría de alcanzarse la igualdad, la capacidad contributiva y hacer justicia fiscal. Sin embargo, la ausencia de la ley sobre los criterios y procedimientos dio espacio para que fuese desarrollado un activismo administrativo dentro de la Administración Tributaria, y después fue convalidado por el Consejo Administrativo de Recursos Fiscales (CARF), que es la última instancia juzgadora de los procesos administrativos de cobranza de créditos en relación con los impuestos federales en el Brasil.

Por lo tanto, surgía una nueva era de la tributación en el Brasil realizada por la jurisprudencia administrativa. En este contexto, cabe señalar las palabras de Carlos Maximiliano (2011, p. 83), acerca de la necesidad de hacer una ponderación sobre la subjetividad de esa jurisprudencia que quiere “hacer justicia fiscal”, recordando el juez Château-Thierry, en el tribunal presidido por el juez Magnaud, que era cuidadoso con los débiles y los humildes, enérgico y severo con los poderosos, “en sus manos la ley variaba según la clase, la mentalidad

religiosa o inclinaciones políticas de las personas sometidas a su jurisdicción, para atacar privilegios, proteger al plebeyo contra el potentado —rotunda manifestación de la ideología personal”. Él “tuvo trayectoria meteórica y corta y no quedaron vestigios”, pues:

... el papel de la judicatura no es guiarse por el sentimentalismo; y sí por el equilibrio de los intereses, y dentro de estos distinguir los legítimos de los ilegítimos [...]. Así el juez puede trasponer los límites establecidos por el Código —*quos ultra citraque nequit consistere rectum* (más allá, y por debajo de los cuales no puede lo justo existir).

3.2 LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA Y EL PLANEAMIENTO TRIBUTARIO

En el campo del planeamiento tributario, nada hay de nuevo en el Brasil que no haya acontecido en los demás países.

La Administración Tributaria brasileña ha tenido siempre una preocupación por los actos y negocios de los contribuyentes que tuviesen el único propósito de reducir los impuestos. Sin embargo, hasta el año 2001, la forma adoptada para combatir tales conductas ocurría después de los hechos, es decir, después de haber comprobado el episodio frecuente de determinada práctica del contribuyente, se aprobaba una ley para cerrar la brecha; eso significa que las conductas lícitas a la luz de la legislación vigente pasaban a ser consideradas infracción o gravadas de manera diversa, ya que la ley expresamente así lo determinaba.

De este modo, se tipificaron las presunciones legales y normas antiabuso específicas.

La lógica de la presunción legal surge de tener conocimiento de un hecho, es decir, un indicio para llegar a un hecho desconocido, o sea, una infracción, pero de ocurrencia probable. La presunción es puesta en la ley a partir de la construcción de que la ocurrencia frecuente de un hecho (indicio) casi todas las veces dará lugar a la misma consecuencia (la infracción). La “presunción es el resultado del proceso lógico, por el cual

del hecho conocido cuya existencia es cierta se infiere el hecho desconocido cuya existencia es probable”, como expresa Augusto Becker (1972). Según Diego Marín-Barnuevo-Fabo (1996, p. 71):

Presunción es el instituto probatorio que permite al operador jurídico considerar cierta la realización de un hecho mediante la prueba de otro hecho distinto al presupuesto fáctico de la norma, cuyos efectos se pretenden, debido a la existencia de un nexo que vincula ambos hechos o al mandato contenido en una norma.

La importancia de las presunciones en materia tributaria es, solamente la de invertir la carga de la prueba para el contribuyente. En las lecciones de Michelli:

Se suele decir así que actualmente las presunciones influyen sobre la distribución de la carga de la prueba, y en verdad las mismas ayudan cuando la regla (general) sobre la carga de la prueba resultaría prácticamente insuficiente, facilitando, o haciendo más difícil, la prueba misma, de acuerdo con el fin que el legislador se propone.

Por lo tanto, la carga de la prueba de que el contribuyente cometió una infracción es siempre de la autoridad fiscal, salvo que la ley expresamente lo invierta, como en el caso de las presunciones legales. Esto significa que el contribuyente es el que tiene que probar que no cometió la infracción de la que se le acusa. Pero, la ley solo invierte la carga de la prueba de la infracción, dado que la autoridad no está exenta de producir prueba, ya que siempre tendrá que demostrar y probar la ocurrencia del indicio elegido por la ley, suficiente para caracterizar la infracción.

El sistema legal brasileño solo considera las presunciones legales relativas, es decir, las presunciones deben estar previstas en la ley y siempre será admitida la producción de prueba en contrario por parte del contribuyente.

A pesar de algunas críticas, la legislación brasileña posee variadas presunciones legales construidas, objetivando la practicidad y la agilidad

de la recaudación, para suplir la deficiencia probatoria de la autoridad fiscal, ya que no siempre ella consigue pruebas de la práctica de la infracción cometida por el contribuyente. Ellas se establecen en la ley con el fin de facilitar y agilizar el trabajo de la fiscalización, de manera que permita un mayor control de los actos y negocios de los contribuyentes.

El Código Civil brasileño, en los artículos 212, IV, y 230, y el Código de Procedimiento Civil de 1973, art. 334, IV, reconocen expresamente la presunción legal como medio de prueba. Con respecto a la legislación sobre el Impuesto a la Renta, existen las siguientes presunciones legales, de acuerdo con el Reglamento del Impuesto sobre la Renta (RIR), creadas en su mayoría por el Decreto ley N° 1598/1977; Ley N° 8846/1994 o por la Ley N° 9430/1996: saldo acreedor de caja (art. 281, I); falta de contabilidad de pago (artículo 281, II); pasivo ficticio, mantenimiento en el pasivo de obligaciones ya pagadas o cuya exigibilidad no está comprobada (art. 281, III); movimiento de caja o de efectivo (art. 282); falta de emisión de la factura fiscal (art. 283); evaluación de ingresos por indicios de omisión (art. 284); relevamiento cuantitativo por especie (art. 286); depósitos bancarios (art. 287); signos exteriores de riqueza (art. 846); posesión o propiedad de bienes como signo externo de riqueza (art. 847).

Sin embargo, en la actualidad, ya no es frecuente la práctica de infracciones groseras y de fácil constatación. Excepcionalmente, se encuentran indicios de los tipos: signos externos de riqueza, posesión o propiedad de bienes que revelan signos externos de riqueza y depósitos bancarios sin comprobación de su origen. Son cada vez más sofisticadas las formas y fórmulas de los artificios fiscales de los contribuyentes, por medio de los cuales se practican las infracciones.

3.3 LAS NORMAS ANTIABUSO

El instrumento utilizado para combatir los planeamientos tributarios es la ley, mediante la creación de supuestos de incidencia que implican

actos o negocios que, a pesar de ser legales, pasan a no ser más aceptados como lícitos por la Administración Tributaria. Para que esto ocurra, la fácil introducción de medidas provisionales dictadas por el Presidente de la República ha contribuido en gran medida, con fuerza inmediata de ley y después de votadas por el Congreso, que casi nunca rechaza tales medidas. Muchas de estas suposiciones son inspiradas, si no enteramente copiadas de las legislaciones extranjeras, y aplicadas en el Brasil sin la correspondiente adecuación al sistema tributario del país.

Se resalta que todos los actos y negocios introducidos en las leyes antiabuso eran normales, lícitos y regulares en el mundo de los negocios, hasta cuando se promulgó la ley, que pasó a dar un tratamiento tributario diferente, conforme expresa la previsión legal. Siempre sucede de la misma manera: en primer lugar, las autoridades fiscales comienzan a identificar situaciones basadas en algo subjetivo, oriundo de la constatación frecuente de casos que resultan en una gran economía de tributos; después, pasan a labrar autos de infracción, cobrar tributos e imponer penalidades, a veces, con la acusación de la práctica de un delito tributario. En un primer momento, los juzgadores administrativos rechazan tal aplicación de la ley; en un segundo momento, pasan a construir interpretaciones, a menudo incoherentes y no uniformes, y, a partir de entonces, se mantienen los registros tributarios con los más diversos argumentos. En la última etapa, la hipótesis es dispuesta en una medida provisional y surge la ley específica que transforma una conducta que antes era considerada lícita en ilícita. Algunos ejemplos son: impedimento a la sucesora superavitaria de la compensación por perjuicios fiscales de la sucedida deficitaria (art. 13 del Decreto ley N° 2341/1987, art. 514 del RIR); paraísos fiscales, países con tributación favorecida o privilegiada (Ley 9430/1996, Ley N° 11.727/2008 y Ley N° 12.249/2012); subcapitalización (*thin capitalization*) (Ley N° 12.249/2010, art. 26).

3.4 ANÁLISIS DE LA LEY COMPLEMENTARIA N° 104/2001

Ante la imposibilidad de la ley de predecir todas las conductas, la opción legislativa ha sido crear cláusulas generales que puedan tipificar una

figura o establecer un criterio que dé poderes a la autoridad tributaria para no considerar determinadas operaciones, cuando se configuran los supuestos constantes en la ley. La cláusula general, no obstante abrir un espacio mayor para la interpretación del aplicador y del juzgador, no deja abierta la creación o la ampliación de los criterios tipificados, debiendo ella poner los límites al alcance de su aplicación, así como también disciplinar los procedimientos y sanciones, buscando siempre la certeza, la previsibilidad y la seguridad jurídica.

Con el fin de crear una cláusula general antiabuso, a veces equivocadamente llamada “antielisiva”, que fuese capaz de lograr actos y negocios relacionados con el planeamiento tributario y, de acuerdo con la ley, fuesen considerados inoponibles al Fisco y, por lo tanto, pasibles de recusación, en el año 2001, fue publicada la Ley complementaria N° 104, que transformó el Código Tributario Nacional del Brasil. A través de esta ley, se incluyó, en el sistema jurídico, el párrafo único del art. 116, a través del cual se pretendió crear una regla general “antielisiva”. El instrumento legislativo utilizado fue la Ley Complementaria, con el fin de cumplir con el art. 146 de la Constitución Federal, ello porque es una norma tributaria de carácter general que delinea una nueva hipótesis de ocurrencia (hecho generador) y también para que las reglas tuviesen características nacionales, y todos los entes federativos, Unión, Estados y municipios, la aplicasen.

La supuesta regla “antielisiva” quedó así redactada:

Art. 116. Salvo disposición de ley en contrario, se considera ocurrido el hecho generador y existentes sus efectos:

I – tratándose de situación de hecho, desde el momento en que se verifiquen las circunstancias materiales necesarias que produzcan los efectos que normalmente le son propios;

II – tratándose de situación jurídica, desde el momento en que esté definitivamente constituida, en los términos del derecho aplicable.

Párrafo único. La autoridad administrativa podrá no desconsiderar los actos o negocios jurídicos realizados con el fin de disimular la ocurrencia del hecho generador del tributo o la naturaleza de los elementos

constitutivos de la obligación tributaria, observados los procedimientos a ser establecidos en la Ley ordinaria. (Incluido por LCP N° 104, 2001).

La LC N° 104/2001 tenía la intención de establecer en la ley brasileña, una regla que permitiese a los aplicadores de las normas tributarias, desconsiderar los actos o negocios jurídicos realizados con el propósito de elusión, debiendo ser un mecanismo eficaz en la lucha contra los métodos de planeamiento tributario practicados con abuso de forma o de derecho.

Como una regla general instituida en la Ley Complementaria, se observa que los mandamientos en ella insertados abrieron la posibilidad de que los tres niveles políticos (federal, estatal y municipal) formen las condiciones y los requisitos que deben obedecerse para la utilización del procedimiento fiscal de desconsideración de actos, negocios o personalidad jurídica de los contribuyentes. Sin embargo, la aprobación de la norma no logró el objetivo deseado, porque la Ley Complementaria, de forma expresa, colocó bajo la condición de observar los procedimientos a ser instituidos en otra ley para que la aplicación de la nueva norma fuese posible.

La ley que debería reglamentar tal norma debería ser una ley ordinaria, que sería aprobada por cada ente federativo —Unión, Estados, Municipios— cada uno en el ámbito de su competencia constitucional. A nivel federal, esta ley tomó más de 10 años en ser aprobada, y en este período nunca pudo aplicarse. Así cabe resaltar que, aunque se admita la Ley Complementaria N° 104/2001 como una norma “antielisiva”, teniendo en vista la falta de reglamentación, ella no puede ser aplicada en función de la desconsideración de actos y negocios legítimos y lícitos, hasta el año 2015, cuando finalmente se produjo la reglamentación.

3.5 LA DEMORA EN LA CREACIÓN DE LEY O CLÁUSULA GENERAL, EN EL BRASIL, CONTRA EL PLANEAMIENTO TRIBUTARIO ABUSIVO

De una lectura rápida del párrafo único del art. 116 del CTN, se constata que no se trata de una norma “antielisiva” ni de una NGAA (Norma General Antiabuso) que se destina a refutar el planeamiento tributario abusivo, es decir, una norma que tipifique conductas tenidas como lícitas y que el ordenamiento jurídico desea enlazar y considerarlas como abusivas.

A pesar de la loable intención de alinear la legislación brasileña al escenario internacional, lo que fue aprobada en el Brasil en 2001, en verdad, es una norma para combatir las conductas ilícitas y la disimulación. Del análisis del texto legal, es evidente cuál es la finalidad pretendida y expresada en la ley.

El contenido de la ley no condecía con lo que constaba en la Exposición de Motivos del texto de la ley aprobada, por lo que ¡nada de esto ha sido aprobado! En realidad, hubo un gran error en el proyecto de ley, lo que no puede ser resuelto con la simple interpretación de la jurisprudencia. Sucede que las figuras de la disimulación, del abuso de la forma, o del abuso del derecho, son criterios diferenciadores del encuadramiento de conductas, cada uno con sus propias características. Del análisis de los textos legales y de los fundamentos adoptados por los distintos países, se constata que cada uno optó por un tipo de criterio diferente, aplicando sus peculiaridades y el contexto del respectivo ordenamiento jurídico.

En el Brasil, hubo una desconexión completa entre la hipótesis que fue, de hecho, legislada y la intención del objetivo de la propuesta y los dispositivos de la ley que fueron aprobados. Ahora el aplicador de la ley no puede utilizar la exposición de motivos para justificar la aplicación del texto diverso y extensivo. Por lo tanto, si la conducta tipificada fue la disimulación, en aquel momento no hubo en el Brasil la creación de una NGAA o CGAA o GARR, como ya había ocurrido en otros países.

Partiendo de esta premisa y debido a la actual etapa, sin retorno, en lo relativo a la pretensión de la Administración Tributaria, con el apoyo de la jurisprudencia, para combatir los planeamientos tributarios, incluso, a veces, no dejando de reconocer conductas lícitas y no abusivas, era indispensable que fuese aprobada una verdadera NGAA (Regla General

Antiabuso) en el Brasil. Una ley que tiene condiciones para promover un mínimo de seguridad en las relaciones empresariales y de negocios, y que dé también un norte para la actuación de las autoridades fiscales. Ello porque, de lo contrario, resulta una situación caótica, pues un acto, contrato o acuerdo que fuese firmado, cuando no existiese ninguna norma, incluso, realizado en el entendimiento pacificado en la jurisprudencia durante mucho tiempo, podría ser desconsiderado después de algún tiempo .

Por lo tanto, frente a la imposibilidad de desconsiderar actos y negocios basados en el párrafo único del art. 116 del CTN, con la intención de combatir los actos abusivos por medio de la supuesta construcción de precedentes, se utilizaba un mecanismo para combatir otro mecanismo. De este modo, por caminos transversales, el aplicador de la ley sustituía al legislador. Para ello, se utilizaba, a menudo, conceptos extranjeros, sin la profundidad necesaria y el cuidado en el manejo de figuras limítrofes, entre lo lícito, el abuso y lo ilícito, cuyo conocimiento demanda rigor científico en su aplicación. Así, frente a la ausencia de norma que diese respaldo a estas interpretaciones, la solución encontrada era enmarcar todas las conductas como simulación, con todas las penalidades y consecuencias criminales que resultan de ella.

Se concluye que las disposiciones del párrafo único del art. 116 del CTN no caracterizan una regla general “antielisiva” que dé poderes para que las autoridades administrativas desconsideren actos, negocios o personalidad jurídica frente a las conductas lícitas conexas a los planeamientos tributarios, como siempre ocurrió. La norma es específica en el sentido de que solo podría aplicarse en los casos de disimulación, que tiene por sustrato la ilicitud de la conducta. Es importante repetir que el poder para proceder a los registros, cuando se verifica la simulación, ya estaba previsto en el art. 149, VII, del CTN. Hay que recordar que la disimulación presupone la manipulación o artificio o subterfugio, en el que el hecho revelado no posee correspondencia o está divorciado de la efectiva realidad.

Se nota que, de las legislaciones de los demás países, solo Francia utilizó tal vocablo en su CGAA; sin embargo, desde el año 2009, ante las

grandes desarmonías de interpretación que causó, fue excluido del texto de la CGAA francesa.

Sin embargo, las disposiciones contenidas en el párrafo único del art. 116 del CTN juegan un papel importante en cuanto a la consagración de la seguridad jurídica, de la legalidad, del debido proceso legal, del contradictorio y de la amplia defensa en el ámbito de la competencia de la Administración Tributaria federal, distrital, estadual y municipal. Hubo un progreso al garantizar que las autoridades fiscales solo podrán desconsiderar los actos o negocios de los particulares cuando la disimulación estuviera presente, y fuera constatado que la práctica del contribuyente buscó disimular otro acto, operación o negocio en un intento por reducir o excluir el pago de un tributo.

Se verifica un nuevo tipo legal de conducta ilícita, que presupone disfraz, artificio y manipulación. La desconsideración introducida por el párrafo único del art. 116 del CTN tiene su aplicación condicionada a la realización de cierto acto o negocio, que se manifestó de manera lícita y de conformidad con la ley civil o societaria, sobre el cual incide la imposición más blanda o no recibe tributación, sin embargo, tal acto o negocio fue realizado solo para disimular (esconder, disfrazar) otro acto o negocio consolidado, siendo esto lo realmente deseado por los interesados. Nótese que la verdadera razón para la realización del último acto, que tiene una mayor presión fiscal, fue enmascarada o disfrazada por el acto formalmente revelado por tener una tributación más blanda. Con la aparición de este dispositivo en el sistema jurídico brasileño, es posible que sea realizado el registro y la constitución de crédito relativo a la desconsideración del acto, negocio o personalidad jurídica por las autoridades fiscales, procurando depreciar el acto formalmente practicado por el contribuyente y considerado como viciado y disimulado, con el fin de alcanzar y cobrar el impuesto incidente sobre el acto o negocio realizado efectivamente.

De hecho, el dispositivo trata de una norma antidisimulación que fija los límites de acción del Fisco, dado que el registro de crédito tributario solo se podrá dar, de acuerdo con la ley vigente, si el acto o negocio configura

violación a la ley o estuviere manchado por fraude, dolo, colusión o simulación, y no por simple desestimación.

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, la norma restringió el poder del Fisco, que antes podía iniciar actuaciones por actos o negocios disimulados, para apartarlos, y proceder con su respectiva recalificación y tributación. Desde el año 2001, ya no se pudo labrar auto de infracción hasta aprobar la ley que regula los respectivos procedimientos. Con el fin de dar cumplimiento a la previsión legal, sin embargo, es menester que el Fisco pruebe la infracción a la ley, que se encuentra disimulada por otra operación, respecto al debido proceso legal, al contradictorio y a la amplia defensa.

3.6 PRESUPUESTOS PARA LA POSIBLE DESCONSIDERACIÓN DE ACTOS, NEGOCIOS Y PERSONALIDAD JURÍDICA

Se consagra en la Constitución brasileña la libertad de actuar y la autonomía privada, garantizando también a la vida empresarial, la libertad de contratar, la libre iniciativa, la libre competencia y la libertad de disponer de la propiedad privada y del patrimonio, como una forma de ejercicio de Derecho Fundamental de los ciudadanos. Sin embargo, el ejercicio de esta libertad no es irrestricto y sin límites. El derecho impone los límites necesarios a la convivencia en sociedad, como una forma de garantizar esa misma libertad.

Es la ley civil que regula derechos, obligaciones, contratos y la respectiva adquisición, de la misma forma la constitución y la extinción de la personalidad jurídica de las personas. El Código Civil, Ley N° 10.406/2002, en el art. 45, regula que la existencia y la adquisición de la personalidad de una persona jurídica de derecho privado tiene su inicio con la inscripción de su acto constitutivo en el respectivo registro. Por otra parte, el art. 50 dispone expresamente sobre la hipótesis de desconsideración de la personalidad de una persona jurídica.

La desconsideración de actos, negocios o personalidad jurídica es una manera de desprestigiar, desproteger el negocio o personalidad jurídica que se presenta de manera lícita y de conformidad con el Derecho Privado, pero que, en su núcleo, contiene abuso y perjuicio para el tercero de buena fe. La desconsideración, entonces, acontece para alcanzar a los socios o terceros como verdaderos beneficiarios de los resultados de la sociedad, con el objetivo de responsabilizarlos para que adquieran la carga por los daños causados a esos terceros.

El propósito de la desconsideración es proteger a terceros de buena fe de los abusos o tentativas de limitar la responsabilidad de los socios o de los verdaderos dueños de una empresa, a través del empleo o creación de persona jurídica. También habrá desconsideración en el caso de interposición de personas, en el que los verdaderos dueños, “los dueños de hecho” se esconden bajo el disfraz de socios de derecho, llamados “naranjas”.

Hace mucho tiempo existían leyes con previsión acerca de la posibilidad de desconsideración de la personalidad jurídica de la sociedad, a fin de ser los respectivos socios alcanzados y responsabilizados, tanto para fines civiles como para fines penales, como por ejemplo el Decreto N° 22.626/1993, art. 13, párrafo único, Ley de Usura; Decreto ley N° 5452/1943, art. 2°, § 2°, Consolidación de las Leyes del Trabajo; Ley N° 4137/1962, art. 6°, Ley de Represión al Abuso Económico; Ley N° 4595/1964, art. 34, Ley del Sistema Financiero; Ley N° 4729/1965, art. 6°, Ley de Evasión Fiscal; Ley N° 8078/1990, art. 18, Código de Defensa del Consumidor; Ley N° 8884/1994, Ley Antitrust; Ley N° 9605/1998, art. 4°, Ley del Medio Ambiente.

En un intento por combatir actos y negocios realizados como planeamientos tributarios que son considerados abusivos, las Administraciones Tributarias de la mayor parte de los países tratan de transferir al Derecho Tributario la idea de la prescindencia de la personalidad jurídica en el sentido de proteger el crédito tributario. La introducción de la desconsideración en un sistema jurídico, como medio de reacción del Fisco contra actos o negocios abusivos, tanto puede ocurrir

por medio de normas preventivas, como por normas correctivas. Entre las normas correctivas, se encuentran las “normas generales antiabuso”; es lo que explica Torres Heleno (2001, pp. 35-51).

La lucha contra el planeamiento tributario hecho en otros sistemas jurídicos, tanto se puede dar a través de cláusula general antiabuso, como por desconsideración de actos y negocios, así como por tipos específicos, tales como abusos de forma, fraude a la ley, etc. En cada caso, hay una tipificación de mayor importancia como la prevalencia de la sustancia sobre la forma y el propósito del negocio; *substance over form or business purpose*, en los Estados Unidos e Inglaterra; fraude a la ley, en España; abuso de derecho y recalificación de hechos, *repression dès aus de droit*, en Francia; abuso de la forma, *Misbrauch von rechilichen Gestaltungsmöglichkeiten*, en Alemania; desconocimiento de la persona jurídica en la Argentina; principio *arm's lengh*; tipos colocados en leyes específicas, en Italia. En ese contexto, incluso en el mismo sentido, se utilizan prohibiciones al desvío de finalidad, a la simulación, al negocio jurídico indirecto, a la interposición de personas, etc., todo ello expresado en la ley o, en los países de tradición del *common law*, en los precedentes de la Suprema Corte.

Se verifica que, en casi todos los países, se crean normas para impedir o evitar los actos o negocios abusivos. En varias, está presente la posibilidad de desconsideración, con diferentes nomenclaturas. Sin embargo, se debe tener cuidado al intentar trasponer al ordenamiento brasileño normas de otras realidades jurídicas, sin someterlas a una depuración crítica, pues las bases del contexto en las que están, así como los fundamentos y las influencias históricas, culturales, económicas, sociales de los países son completamente diversas.

La desconsideración de la personalidad puede resumirse como la hipótesis en la que se deja de considerar el acto o negocio aparente, aunque manifestado bajo la forma jurídica de conformidad con la ley civil, para alcanzar la sustancia del verdadero negocio jurídico, efectivamente realizado y practicado, imputando la responsabilidad a los respectivos socios de la persona jurídica. La base de esta posibilidad está en el hecho

de que las maniobras artificiosas, reveladas bajo las formas jurídicas, de conformidad con el derecho privado, no pueden ocultar la realidad de los hechos y prevalecer sobre ella para perjudicar a terceros, en el ejercicio de las omisiones, actos o negocios que tengan como objetivo lesionar o causar daños a terceros de buena fe.

La doctrina destaca que la desconsideración de la personalidad jurídica, dentro del sistema del *common law* de Inglaterra, alrededor de 1897, surge cuando la justicia inglesa resuelve desconsiderar una sociedad legalmente constituida con siete socios, en la que un socio tenía 20 mil acciones y los seis restantes tenían solamente una acción cada uno, y eran todos parientes del socio principal. En este caso, la decisión se basó en el hecho de que, después de la constitución, la compañía fue considerada como insolvente por ser el respectivo activo insuficiente para saldar las deudas contraídas por ella, y nada quedaba para los acreedores. Por lo tanto, se concluyó que el comerciante había utilizado el artificio para limitar su responsabilidad personal.

3.7 ACTUAL CONJETURA DE APLICACIÓN DE LA DESCONSIDERACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

El Código Civil, en su art. 50, establece expresamente los casos en los que podrá prescindirse de la personalidad jurídica, fijando la hipótesis, la forma, las condiciones y la autoridad competente para el ejercicio de ese procedimiento, *in verbis*:

... en caso de abuso de personalidad jurídica, caracterizado por el desvío de finalidad, o por confusión patrimonial, puede el juez decidir, a requerimiento de parte, o del Ministerio Público cuando le correspondiera intervenir en el proceso, que los efectos de ciertas y determinadas relaciones de obligaciones se extiendan a los bienes particulares de los socios de la persona jurídica.

Por lo tanto, la desconsideración solo podrá aplicarse para objetar la constitución de una sociedad, que la personalidad jurídica haya sido adquirida de conformidad con las prerrogativas legales, pero presentes, y cumplidos los requisitos de la ley.

Los efectos de esa desconsideración será el desplazamiento de la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de la persona jurídica para con los socios o los administradores encuadrados como los verdaderos responsables. Esta sanción se aplica cuando son los seres detrás de la empresa los que se aprovechan y se benefician del abuso. El abuso se caracteriza cuando la constitución de la persona jurídica tuvo la intención de impedir que la persona física practique actos que comprometan su patrimonio personal; escapar del cumplimiento de la obligación legal o contractual; defraudar a los terceros acreedores; violar las normas de derechos societarios.

Se verifica que la desconsideración de la personalidad jurídica, como está previsto en la ley civil, no podrá ser utilizada para fines tributarios, entre otras razones, porque la previsión legal expresa es que la norma solo podrá ser aplicada por un juez. Así, las autoridades administrativas no podrán hacer uso de tal disposición legal.

3.8 LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA Y LA FORMA DE APLICACIÓN DE LA DESCONSIDERACIÓN DE ACTOS, NEGOCIOS Y PERSONALIDAD JURÍDICA

En el contexto tributario, no se puede reconocer que la autoridad administrativa-fiscal, el intérprete o el juez puedan usurpar el papel del legislador para establecer tipos legales, sin ninguna competencia legislativa, y adoptar la desconsideración de la personalidad jurídica para imponer una tributación solo de acuerdo con lo que se considera la verdadera capacidad contributiva, o el resultado económico presuntamente

obtenido, aplicando una tributación más gravosa, sobre la base de la decisión subjetiva del aplicador de la ley.

Para que haya claridad y seguridad jurídica, la evaluación de la capacidad contributiva, la igualdad, la solidaridad o la simple desconsideración de los negocios privados por las autoridades administrativas no podrán acontecer sin una ley que cree tal posibilidad. Por lo tanto, en la realidad jurídica brasileña, es inaceptable que la Administración Tributaria tenga la facultad de utilizar procedimientos o interpretaciones discrecionales y despremiar las formas jurídicas lícitas, las cuales fueron elegidas por los contribuyentes con vista a la economía de tributos, para ir en busca de una supuesta realidad económica o capacidad contributiva, sobre la base de simples consideraciones personales. Tal poder resultaría en inseguridades e incertezas que deben ser refutadas por el derecho. *A contrario sensu*, es la obligación de la autoridad fiscal efectuar el registro del crédito tributario e imponer penalidad cuando fuera constatado y comprobado el procedimiento del contribuyente, concretado mediante negocios simulados, donde no hay coincidencia entre la forma revelada y el verdadero contenido realizado. Del mismo modo, deberá proceder al registro tributario cuando se compruebe el uso de estratagemas, de manipulación, o se descubriera simulación en operaciones o registros contables, con el objetivo de reducir o menguar valores en el laberinto de la tributación. Se hace hincapié en que la carga de la prueba corresponde a la autoridad fiscal.

La comprobación del uso de procedimientos ilícitos autoriza el registro del tributo, independientemente de autorización judicial, sobre el acto real implícito y la imposición de penalidades más severas, con desconsideración total del negocio o acto aparentemente concretado, a la vista que, en la práctica, no existe. Un ejemplo de fácil asimilación se produce cuando la empresa es formalmente registrada, en nombre de un tercero “naranja”, que no es de derecho el verdadero dueño o socio de la persona jurídica. Verificado este hecho, la autoridad administrativa, basándose en pruebas irrefutables, deberá efectuar el registro tributario, considerando sujeto pasivo al dueño del hecho.

Se verifica que, sin que haya los elementos que caracterizan la ilicitud, la autoridad administrativa no tiene competencia para desconsiderar el acto, negocio o personalidad jurídica. Vale la pena señalar que, para las conductas que se encuadren como evasión revelada por fraude, evasión, simulación, colusión, aun cuando también configuren delito tributario, el propio CTN, en el art. 149, VII, prevé el deber-poder para los agentes del Fisco realizar el respectivo registro.

Por lo tanto, sin que exista una NGAA, es perfectamente admisible que el contribuyente utilice cualquier medio lícito para economizar tributos y, por lo tanto, considerar como legítimo el derecho al planeamiento tributario, incluso sin otro motivo extratributario.

A diferencia de lo que se imaginaba, la norma restringió el poder del Fisco que antes podía hacer actuaciones basadas en actos o negocios disimulados para apartarlos y proceder a la respectiva recalificación y tributación. A partir del año 2001, no era posible labrar auto de infracción antes de que fuese aprobada una ley para regular los respectivos procedimientos.

Por lo tanto, se infiere que la aplicabilidad de las disposiciones del párrafo único del artículo 116 de la CTN no constituye una NGAA y, por lo tanto, no tiene la facultad de prohibir el planeamiento tributario o las conductas elisivas que se encuentran protegidas por la legalidad o tipicidad cerrada, ni ser aplicada a conductas abusivas. Esto no puede ser negado por el intérprete o aplicador de la ley en el momento de crear o interpretar la norma y entender que ella puede alcanzar actos o negocios que no se encuentren tipificados expresamente como hipótesis de incidencias, aunque abusivos, ya que, en ausencia de una disposición expresa, ellos están permitidos por la ley.

3.9 AUSENCIA DE UNIFORMIDAD Y COHERENCIA EN LA JURISPRUDENCIA Y EL CONSECUENTE ACTIVISMO ADMINISTRATIVO

La manipulación abusiva del planeamiento tributario hizo surgir el activismo administrativo, tal como ha ocurrido en otros países. En el Brasil, la reacción de la Administración Tributaria ocurrió, en primer lugar, con la fiscalización y luego con los órganos administrativos-juzgadores, siguiendo el mismo camino mundial. Sin embargo, al igual que en otros países, se buscó un criterio propio a las características de la nación, que guardase conexión con el sistema jurídico, incluso estableciendo procedimientos específicos, todo ello dentro de un contexto y luego tipificado en la ley; la opción brasileña fue importar de manera acrítica, todos los criterios utilizados en diversas naciones y aplicar indiscriminadamente todas las figuras existentes. La inclusión de estas normas dentro del sistema jurídico brasileño fue realizada cometiendo los mismos errores ya corregidos en otros lugares, dado que fueron insertadas de manera pincelada copiando figuras apartadas del contexto del sistema en el que estaban.

La consecuencia fue la falta de coherencia y de uniformidad de criterio actuales con los que están siendo cobrados los tributos y juzgados los respectivos procesos por los tribunales administrativos, respecto del planeamiento tributario. Todo ello con el argumento de construirse precedentes, con la intención de flexibilizar la tradición del *civil law* y buscar un acercamiento hacia el *common law*. Nada nuevo en ello también. Se recuerda que, en los EE.UU., sede del *common law*, en el año 2010, se consagró una ley tipificando la sustancia de la forma y del propósito del negocio, cuyo objetivo era rectificar las distorsiones que surgieron de la lucha contra el abuso en el planeamiento tributario por medio de simples precedentes. Del mismo modo, en el Reino Unido, desde 2009, se está procesando una discusión análoga.

Se destaca la presente fluidez y la falta de uniformidad con que los institutos jurídicos son invocados y manejados tanto por las autoridades fiscales registradoras como por las autoridades juzgadoras del CARF. Así,

en ausencia de una norma antiabuso, las actuaciones están siendo juzgadas con criterios subjetivos y variables, conforme el entendimiento de cada sala juzgadora, encuadrándose un acto o negocio como abuso de forma, como abuso de derecho, como fraude a la ley, etc.

CAPÍTULO 4. NECESIDAD DE UNA NORMA GENERAL ANTIABUSO BRASILEÑA (NGAA)

No hay manera de oponerse a la aprobación de una NGAA en el Brasil. El antiguo pensamiento ingenuo respecto de que la ausencia de una norma antiabuso evitaría que las autoridades fiscales pudiesen rechazar las operaciones lícitas de planeamiento tributario, dio como resultado el efecto contrario, y llevó a un estado de inseguridad a los contribuyentes, y también a las autoridades fiscales.

Frente a las divergencias en la interpretación de las leyes, tanto por parte de los agentes del Fisco como por la jurisprudencia administrativa, con el objetivo de extinguir la incertidumbre y dar mayor seguridad a la relación tributaria, se sostiene que sean fijados criterios, de los más objetivos posibles, que puedan limitar y orientar, tanto los procedimientos de las autoridades fiscales y especializadas, como los de los contribuyentes. La inseguridad con que los actos o negocios se realizan resulta de la incertidumbre hasta, incluso, de los actos pasados, dado que una operación ocurrida en determinado año queda bajo el riesgo de tener alguna modificación durante un plazo mínimo de 5 años, sujeta a los cambios posteriores de interpretación de la misma ley, incluso de modo contrario a aquella pacificada cuando se tuvo lugar.

Según Lapatza:

En la aplicación de la Ley (Título I) la seguridad jurídica de los ciudadanos exige una interpretación administrativa unitaria y el preciso deslinde entre Interpretación y analogía (con una regulación más rigurosa que resalte la excepcionalidad de la cláusula antielusiva) y simulación. (2004, p. 9).

Hay algunas señales que sirven de alerta para considerar todos los actos y negocios de forma preventiva y correctiva por los contribuyentes, y como una forma de orientación y represión por las autoridades fiscales. Además, para que se pueda abrir cualquier posibilidad de restricción a la libertad y a la autonomía privada, así como a la desconsideración de actos

y negocios por parte de la Administración Tributaria, es conveniente que se conserven no solo la legalidad, sino también otros derechos fundamentales asegurados a los contribuyentes, tales como el debido proceso legal, el contradictorio y la amplia defensa, siempre con la aplicación de la proporcionalidad, de la razonabilidad y de los procedimientos previstos en la ley, los cuales también determinan expresamente a quién corresponde la carga de la prueba.

4.2 LAS TAX ALERTS: CONCEPTO Y APLICACIÓN

El concepto de *tax alert* es que son simples avisos que sirven para advertir respecto al cuidado o vigilancia sobre ciertos actos o negocios abusivos o ilícitos que pueden ser evitados, en el caso de los contribuyentes, o combatidos por las autoridades fiscales. En la vida tributaria práctica, hay algunos hechos y situaciones, cuya ocurrencia pueden despertar la atención de aquellos que los observan, es decir, pueden acentuar los sentidos del hombre común y también de la autoridad fiscal, siendo que, en su esencia, ellos no presentan indicios o pruebas de ilicitud. Por lo tanto, se verifica que las *tax alerts* son meras “sospechas” o presunciones humanas, por lo tanto, no revisten en sí mismo del carácter indiciario de presunción legal, porque no constan de texto legal, por no estar tipificados en una norma legal, el conjunto de ellos no significa un dato capaz de revertir la carga de la prueba en perjuicio del contribuyente o dispensar a la autoridad fiscal de producir pruebas en contrario. Cumple recordar que la ley fiscal reconoce expresamente que el registro regular es prueba a favor del contribuyente, y que solo podrá ser desechada si hubiera prueba de falsedad por la autoridad fiscal, conforme el Decreto ley N° 1598/1977, art. 9°.

Las *tax alerts* son relevantes para los contribuyentes, ya que actúan de manera preventiva, aportando ciencia en la realización de actos o negocios, cuáles deberán ser evitados y qué cuidados deben tomarse para

reducir los riesgos y construir un camino más seguro, donde las etapas deberán ser probadas. Por otra parte, en caso de ser blanco de procedimientos fiscales, implican conocer de forma previa el objeto inicial de la indagación, la investigación de las autoridades fiscales y sobre qué hechos o circunstancias se tendrá que demostrar su veracidad. En cuanto a las autoridades fiscales, las *tax alerts* sirven para ser utilizadas con el fin de orientar a los contribuyentes y también para combatir el abuso, ya que son señales, es decir, solo pautas, rasgos que pueden señalar indicios reveladores de la práctica de actos y negocios que se aceptarán o no como oponibles al Fisco, o que configuran infracción para la ley fiscal o, incluso, delitos tributarios.

Se sugiere que, en el Brasil, se prevea una NGAA que obligue a la Administración Tributaria a adoptar el procedimiento de publicar las operaciones que no serán aceptadas como oponibles al Fisco, salvo prueba en contrario del propósito del negocio por el contribuyente, como ocurre en Portugal, donde la Administración Tributaria, a pesar de la existencia de una NGAA también publica la lista de *tax alerts* (filtros) con operaciones que podrán ser objeto de encuadramiento como conducta abusiva.

Las autoridades fiscales y las autoridades han interpretado erróneamente juzgar la alerta de impuestos, por lo que como prueba real, sin más investigación, ya menudo el hallazgo de uno o dos de los supuestas pruebas se consideran pruebas sólidas provenientes de ocurrencia infracción.

Es importante consignar que, debido a que son apenas señales, solo después de una cuidadosa investigación es que se podrá revelar la existencia de un comportamiento lícito, abusivo, infracción a la ley, simulación o fraude, ya que el hecho deberá ser probado por la autoridad fiscal. Debe llevarse a cabo un juicio de valor de los actos o negocios jurídicos a ser realizado tanto por los contribuyentes como por las autoridades fiscales con fines preventivos, antes de realizar cualquier acto o negocio para evitar riesgos, o como correctivos, después de la finalización del acto o negocio, pero antes del inicio de cualquier procedimiento fiscal, en cuanto exista la espontaneidad, así como la finalidad probatoria, en

cualquier momento, incluso durante la fase de concepción es necesario que se registren todos los eventos, ya que posteriormente son estos elementos o documentos los que acreditarán el propósito del negocio; o incluso represivos por la autoridad fiscal, como indicativos de la necesidad de una mayor profundización de la investigación fiscal.

4.3 EL DEBIDO PROCESO LEGAL DENTRO DEL PROCESAMIENTO DE UNA NGAA EN EL BRASIL

El debido proceso legal es un derecho fundamental consagrado en los Estados Democráticos de Derecho; en la Constitución brasileña, fue consagrado en el art. 5º, LIV, como un principio aplicable a todo tipo de proceso en el que se discuta la privación de la libertad o la expropiación de bienes o cualquier otro tipo de imputación a la persona. En el ámbito administrativo tributario, el respeto al debido proceso legal se traduce por la concreción de un proceso justo que está totalmente gobernado por la legalidad y en el cual se asegure la estricta observancia de las leyes formales, materiales y de cuño administrativo-sancionatorio. El equilibrio entre las partes, el sometimiento del proceso a un juicio libre e imparcial, en el que se respete el contradictorio y la amplia defensa, también son manifestaciones del debido proceso legal. También él impone que haya garantías para las partes, para que puedan sustentar sus razones y producir pruebas a su favor, con el fin de influir en la formación del libre convencimiento del juzgador.

Para la realización del debido proceso legal es necesario que no haya la cobranza de tributo, imposición de penalidad o la comisión de infracciones sin la debida prueba, cuya carga será del Fisco, salvo en caso de presunciones legales, consideradas estas las de carácter *iuris tantum*, y también que haya garantía del derecho del contribuyente a rebelarse y producir pruebas en sentido contrario.

Así, además de la previsión legal, la desconsideración de actos o negocios, dentro del criterio legalmente establecido, solo podrá ocurrir sobre la base de un proceso administrativo donde se respete el debido proceso legal y las garantías fundamentales aseguradas a los contribuyentes, especialmente, en relación con la producción pruebas y amplio derecho de defensa.

4.4 FORMAS DE FISCALIZACIÓN Y CARGA DE LA PRUEBA

La autoridad administrativa tributaria, cuando ejecuta el procedimiento de fiscalización, tiene una cierta discrecionalidad en la elección de los medios, siempre que sean lícitos, para la recolección de pruebas, con libertad de indagación e investigación, buscando la ejecución del acto de registro, teniendo en vista la multiplicidad, la variabilidad y la complejidad de las situaciones económicas que generan los hechos jurídicos tributarios, los cuales serían imposibles para el legislador prever integralmente *a priori*. Por lo tanto, la cobranza del tributo, la imposición de penalidad y la formalización del acto de registro, no obstante, son actos vinculados y solo podrán ocurrir en los estrictos términos y de acuerdo con la ley; ello es lo que enseña Geraldo Ataliba (1990, p. 47).

Se destaca que compete a la autoridad responsable del registro el deber y la carga de investigar, diligenciar, demostrar y probar la ocurrencia o no del hecho jurídico tributario, así como determinar el *quantum* debido por el sujeto pasivo, conforme a lo dispuesto por la ley. Eso es porque la ley solo admite que se transfiera o revierta al contribuyente el *onus probandi* en los casos expresamente determinados; un ejemplo son las presunciones legales, que, en realidad, se trata de indicios construidos por la ley como satisfactorios para revertir la carga de la prueba.

Como enseña Alberto Xavier (1997, p. 338), se permite probar un hecho presunto, sin embargo, es imperativo que haya prueba de hecho indiciante. Por lo tanto, se dispensa la prueba de la infracción si se ha

comprobado el indicio elegido por la ley como suficiente para suponer la ocurrencia de la infracción. Así, la autoridad registradora debe demostrar la ocurrencia de la presunción que caracteriza la infracción, buscando garantizar el debido proceso legal, el contradictorio y dando al sujeto pasivo el conocimiento de los hechos para que ejerza su amplio derecho de defensa, de lo contrario, el acto de registro se torna viciado.

La prueba de la situación base del tributo se refiere al Fisco, dado que la prueba de la inexistencia o del impedimento de tal situación, o incluso, del hecho que extingue la obligación compete al contribuyente. Sin embargo, concluye aquel maestro que, salvo en las presunciones legales relacionadas, la prueba en el proceso tributario incumbe al Fisco, que debe motivar y fundamentar el acto de imposición de la situación base, ya que, haciendo uso de su poder, impondrá las exigencias al contribuyente García de Enterría (2014, p. 441), al comentar sobre el Derecho Administrativo español, enseña que:

La Administración es titular de la obligación de prueba con normalidad en el plano de las relaciones [...], de modo que se ha desentendido y, no obstante, no ha dado ninguna prueba de ciertos hechos la decisión que adopte será inválida [...]. El administrado tendrá la obligación de impugnar esa decisión y de justificar su ilegalidad, está claro, pero para ello, será suficiente con invocar la desatención de la obligación de prueba que correspondía a la Administración, argumento formal que no le impone en el proceso la obligación de demostrar lo contrario muchas veces.

Una vez dicho esto, se concluye que no debe haber una ley que fije cuál es el criterio para que un planeamiento tributario pueda ser considerado abusivo por la NGAA, y también que esta ley establezca los medios probatorios que, si son presentados por el contribuyente, solo podrán ser despreciados con fundamento en pruebas de la autoridad fiscal de la misma magnitud, y no sobre la base de supuestos indicios o sospechas. Con este fin, la NGAA debe imponer el deber de demostrar a la autoridad fiscal.

Se argumenta que la practicidad está en la búsqueda de una mayor certeza y menor inseguridad en la relación jurídico-tributaria en el Brasil. Se debe procurar el equilibrio entre los principios que dan base a la tributación, a saber, la libertad, la autonomía, la legalidad, el derecho a reducir los costos y la seguridad frente a la capacidad contributiva, la igualdad, la solidaridad, la competencia y la necesidad de recaudar. No se puede negar que la estricta legalidad, frente a la acelerada dinámica de las relaciones virtuales y globalizadas, no consigue captar todos los eventos en el mundo y tener todo en hipótesis de incidencia. Ante ello, se admite que haya una NGAA, pues es imperioso fijar parámetros previos que guíen o encaminen a los contribuyentes y a las autoridades fiscales. Solo la ley es la que tiene el poder de decir qué criterios, momento, procedimientos y sanciones podrán adoptarse; no puede el intérprete actuar, en ausencia de ley, para tratar de enmarcar conductas no previstas en hipótesis legales ya existentes, es decir, todo tiene que ser expresado y rígidamente previsto en la ley, bajo pena de que las consecuencias de la subjetividad personal creen incluso más incertezas y generen inseguridad jurídica.

De esta manera, para que en el Brasil se pueda rechazar y combatir los planeamientos tributarios lícitos y pasar a someterlos a otra tributación, es forzoso que sea aprobada una verdadera Norma General Antiabuso (NGAA). Para que esta no padezca de vicio de inconstitucionalidad, no puede avanzar sin límite sobre los derechos y libertades de los particulares, ni siquiera con justificaciones loables. Se debe establecer expresamente en la ley, qué es el abuso y cuándo se configura.

El “propósito de negocios”, de la forma en que ha sido tratado en este trabajo, parece ser el parámetro ideal para la tipificación del abuso, la forma menos insegura para constar en la NGAA, esto permitiendo la fijación de parámetros objetivos que puedan ser material y documentalmente comprobados. Como lo explica Heleno Torres (2003, p. 267):

El abuso de formas que veda la elección de la mejor forma, el “fraude a la ley”, en cierto modo, veda la elección del mejor tipo, y el “abuso de derecho” termina por limitar el recurso a la mejor causa, acaban como instrumentos inadecuados e incompatibles con el derecho brasileño.

Tras el análisis de los criterios adoptados en varios países y considerando el sistema constitucional tributario brasileño, se concluye que la presencia del propósito de negocios, como un motivo extratributario, podrá medirse por medio de elementos y pruebas objetivas, ya sea por la autoridad fiscal, ya sea por el contribuyente. Por lo tanto, una operación, aunque sea lícita y que no viole o infrinja una norma tributaria, pero que sea llevada a cabo con el único propósito de obtener ventaja fiscal podrá ser ignorada únicamente con fines fiscales, y de forma expresa en la ley. En consecuencia, habría solo la cobranza del tributo o de la diferencia del tributo que dejó de pagarse.

Es importante destacar que, en la cuestión de la recalificación de los actos y negocios por la autoridad fiscal para gravarlos de manera diferente de la adoptada por el contribuyente, sobre todo, cuando este ya hubo pagado impuestos de acuerdo con la forma elegida por él, en tales casos, se debe hacer la compensación de los tributos para evitar la duplicación de la incidencia, que configuraría una desconsideración a la capacidad contributiva y a la confiscación, la cual está expresamente prohibida por la Constitución brasileña. Se enfatiza, la búsqueda de la capacidad contributiva no podrá caracterizar un desprecio a la propia capacidad contributiva, por lo tanto, solo tiene sentido desconsiderar los actos y negocios como una manera de lograr la igualdad, la solidaridad y la capacidad contributiva si, también, fue prestigiada la proporcionalidad y la razonabilidad.

4.5 LA MEDIDA PROVISORIA N° 685/2015 E SUA CONVERSIÓN EN LA LEY N° 13.202/2015

En este inicio de siglo, se verifica una revolución tributaria que diverge de la sucedida hace 800 años con la Carta Magna y su principio de tributación consentida. Resulta que, debido a los esfuerzos multilaterales, está ocurriendo una relativización de paradigmas de soberanía tributaria. Se verifica eso en la multiplicación de tratados de asistencia mutua y el

intercambio de información fiscal que se producen entre los países. Este hecho se debe a la necesidad de valores como la transparencia y la cooperación internacional y la presión existente por la nivelación de reglas de competencia tributaria, conforme lo señala Heleno Torres (2015, disponible en: <[http://www.conjur.com.br/2015-out-14/consultor-tributario-fiscalizaca o-tributaria-ganha-forca-fisco-global](http://www.conjur.com.br/2015-out-14/consultor-tributario-fiscalizaca-o-tributaria-ganha-forca-fisco-global)>).

En el año 2015, se produjo la promulgación de la Medida Provisoria N° 685/2015, quedando claro que tal MP se inspiró en el ordenamiento global en curso, principalmente, en el programa *Base Erosion and Profit Shifting-BEPS* (OCDE).

Como se ha dicho, las posiciones más conservadoras, que luchan contra las reglas de antielisión en el Brasil, con el argumento de principios absolutos, perdieron su relevancia. RICARDO RIBEIRO (2002, p. 83) también había advertido sobre este acontecimiento. Se verifica, como señala ZIMMER (2002), una de las conclusiones de la Conferencia de 2002 de la *International Fiscal Association* en los países que no tienen una regla general antielisiva, el Fisco combate planeamientos tributarios basándose en conceptos de *Civil Law* o en construcciones doctrinarias del *Common Law*. Destaca que el sistema jurídico brasileño se ha adaptado lentamente a un mundo donde no se admite la libertad de planeamiento como un valor absoluto.

Se reitera que, en el ámbito tributario, la introducción de una regla general antielisiva se produjo con la LC N° 104/2001 (párrafo único del artículo 116 del CTN). Sin embargo, su primera reglamentación dada por la MP N° 66/2002 fue rechazada por el Congreso Nacional. Después de más de una década sin tal reglamentación, el Fisco ha luchado contra los planeamientos sin coherencia, revelando la inseguridad jurídica y la construcción de precedentes sobre bases casuísticas.

La MP N° 685 abrió un nuevo capítulo en el campo de las tendencias tributarias. Lamentablemente, en el Brasil, la discusión fue conducida con el argumento de la autoridad internacional, es decir, como si la norma antielisiva aplicada por la MP fuese una creencia procedente de otros países para convencer al particular a aceptar una nueva obligación

tributaria, consistente en prestar información sobre actos o negocios elisivos y bajo la amenaza de una sanción en caso de incumplimiento del precepto legal. No obstante, se reprocha que un asunto de tal repercusión haya sido encaminado por la MP, en medio de una crisis, junto con otros temas relevantes, sin que hubiese el respectivo debate.

Como la MP N° 685 reveló que se había inspirado en la adopción de una norma antielisión del extranjero, debería haber un desglose de las experiencias vividas y de lo aprendido con los aciertos y errores. Se debería haber observado que la Renta Sudafricana (SARS) elaboró un estudio comparativo, que puede ser elogiado, que quedó abierto a las contribuciones públicas hasta desarrollar la norma vigente. El Reino Unido, después de décadas de debate, a través de un grupo de estudios designado por el Parlamento y encabezado por el abogado Graham Aaronson (2011), elaboró un estudio comparado, *Aaronson Report* (2010); posteriormente, se hizo una larga consulta pública hasta que se editó la norma actual.

El Brasil, al conducir la cuestión por medio de la MP, se apartó de la senda democrática (Rosenblatt, 2015). Además, hubo una mezcla de sistemas de otros países, se observa que, mientras que la LC N° 104 se inspiró en Francia, la MP N° 685/2015 utiliza conceptos del *Common Law* y del *Civil Law*.

Además, de la forma como se introdujo, es decir, a través de una MP, el contenido de la norma antielisión brasileña sigue siendo problemática, ya que la mezcla de elementos disímiles no atiende el claro objetivo de aumentar la seguridad jurídica en el ámbito de negocios del país y de provocar la economía de recursos públicos en litigios innecesarios y demorados. Sin embargo, la MP fue mal recibida y eso demuestra que la incertidumbre jurídica continúa; se verifica que, el 19/8/2015, el Partido Socialista Brasileño presentó la ADIN N° 5366 en el STF para cuestionar la constitucionalidad de la MP, pero el resultado de esa ADIN fue improcedente y la norma permanece intocable.

En un primer momento, parece infundada la crítica a la obligación accesoria de información de actos o negocios jurídicos que ocasionen

supresión, reducción o aplazamiento del tributo. Demuestra ser una previsión análoga a la de otros países que han seguido la recomendación *Action 12, Mandatory Disclosure Rules* (BEPS). En Inglaterra, se utilizaron comisiones paritarias del Fisco y de representantes de los contribuyentes para estudiar los cuestionamientos formulados con relación a la aplicación de la norma de antielisiva. Pues bien, lo que ocurrió fue que la MP trivializó el deber instrumental en un país de registro de horas pasadas en el cumplimiento de las obligaciones accesorias.

Se constata que las conductas objetivo de la norma general antielisión son amplias y se hicieron referencias abiertas a actos y negocios jurídicos, lo que demuestra ser una réplica de la definición de la LC N° 104. En la MP, hubo acierto cuando se evitaron adjetivos indefinidos como actos o negocios “inaceptables” o “inadmisibles”, que son términos encontrados en otros países, pero erró por la falta de detalles y reservas, ya que no todo acto o negocio que alude ventajas fiscales se puede presumir como ilegal.

Cuando el legislador se refirió a la supresión, reducción o aplazamiento de tributo, la nomenclatura adoptada de ventajas fiscales es utilizada en algunas normas generales antielisión recientes de manera más clara que en el CTN, sin embargo, todavía es cuestionable debido a su apertura normativa. Un modelo de la forma en que se creó, es decir, híbrido tendría la combinación de una fórmula legal genérica y habría la publicación obligatoria y periódica, por el Fisco, de una lista que no fuese vinculante de ejemplos de ventajas fiscales indebidas. Se observa que el art. 7°, III, de la MP N° 685, que trata de “actos o negocios jurídicos específicos previstos en acto de la Secretaría de Hacienda del Brasil”, en teoría, incluso podría resultar en una disminución de la inseguridad jurídica si este tipo de apertura infralegal no resultase con efecto contrario en el Brasil. Se concluye que el dispositivo garantiza poderes discrecionales y abusivos a Hacienda, y autoriza la tributación hecha por analogía, en violación directa a la libre iniciativa, con consecuencias extrafiscales de obstrucción al desarrollo económico y financiero.

También fue utilizado por la MP el precepto de propósito o razón de actos o negocios, que se basa en presunciones, y su empleo se armoniza

con las técnicas legislativas que buscan un enfoque objetivo de los efectos, resultados y consecuencias de los actos o negocios elisivos.

Por la MP, se utilizó una combinación de tres de ellas: actos o negocios jurídicos sin razones extratributarias relevantes; forma adoptada no usual, y utilización de negocio jurídico indirecto o con cláusula que desnaturalice, aunque sea parcialmente, los efectos de un contrato típico. Sin embargo, tales figuras se mezclaron sin el debido cuidado y análisis criterioso sobre la variabilidad de aplicación en el Brasil.

La doctrina del propósito negocial (*Business Purpose Test*) es originaria de la Suprema Corte de los Estados Unidos, como ya se ha tratado en este trabajo; la crítica que se hace es respecto a sus limitaciones, por la tendencia a la aplicación de amplio criterio de la “razón extratributaria”, que incluye razones empresariales y privatistas (hasta negocios familiares). Se verifica que la MP N° 685 eligió relacionar forma y motivación de las razones extratributarias, en detrimento del propósito negocial de la rechazada MP N° 66. Como ha señalado Rosenblatt (2015), fue un error utilizar la palabra *relevante*, por aumentar la indeterminación en cuanto a la evaluación de la ventaja fiscal obtenida. Habría sido mejor reducir al principal o a uno de los principales propósitos extratributarios, como fijaron Australia, Canadá, Reino Unido y Sudáfrica, para equilibrar las razones contradictorias de una mejor manera.

Una importación más hecha del *Common Law*, por la MP, fueron los criterios asentados en forma y sustancia o realidad económica, con la utilización de expresiones del tipo *atípico*, *artificial*, *complejo* y *anormal*. Estas pruebas se basan en el concepto de que los actos o negocios ocultan la naturaleza a ser revelada. El CTN se refiere a la “naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria”, y la MP a “no usual”. Las operaciones pueden ser simplemente innovadoras, siendo nociones relativas; y el sistema tributario es complejo y crea artificialidades.

Hubiera sido mejor utilizar la figura del abuso de derecho, haciendo una lista de indicios de anormalidad abusiva. Como se ha dicho en el capítulo anterior, se trata de un test de coherencia, con fines de

desconsiderar los actos o negocios que no tienen correspondencia lógico-racional con otros actos o negocios relacionados.

Además, el concepto civilista de negocio jurídico indirecto fue aportado por la MP, donde algunos actos o negocios son desconsiderados a los fines fiscales, de manera que la operación sea observada en su totalidad o finalidad, especialmente si un negocio típico llegase a resultado semejante sin el beneficio fiscal alcanzado con el acto atípico. Sucede que el negocio indirecto, así como el fraude a la ley, el abuso de forma y el abuso de derecho, siendo ellos institutos de derecho civil, deberían tener disciplinamiento específico en el ámbito tributario.

Otro grave error cometido por la MP fue la confusión de evasión, elisión e incumplimiento de obligación accesoria, instituyendo multas por evasión y fraude fiscal (150%) y penalizando indiscriminadamente cualquier forma de planificación tributaria considerada lícita. Se sabe que Canadá, Reino Unido, España y Sudáfrica no imponen multas en tales casos; Francia, Nueva Zelanda y los Estados Unidos tienen multas de 80%, 50% y 20%, respectivamente. Existe en el Brasil la imputación de multa más punitiva y desproporcionada, lo que aparta la inversión y genera el aumento de litigiosidad.

Existe más de una falla de la MP cuando ignora la parte final del párrafo único del art. 116, CTN, que requiere normas específicas de procedimiento. Además, todas las normas generales antielisivas de la actualidad tienen procedimientos especiales de aplicación uniforme por parte de las autoridades fiscales y con derecho a la amplia defensa del contribuyente (Almendral, 2005). Sin embargo, en su ausencia, se deberán aplicar las normas vigentes de revisión de registro, en un momento de nítido desprestigio del principal órgano administrativo de control tributario.

Por lo tanto, la MP tuvo la función de suplir la laguna existente en la ley; sin embargo, la consecuencia extrafiscal de la MP N° 685/2015 resulta ser otra mal planeada intervención del Estado en la economía, que ha tratado de remediar problemas gravísimos tomando medidas puntuales y equivocadas, sin resolver de manera eficiente problemas de crisis financiera o de administración tributaria.

4.6 EL PELIGRO DE LA EROSIÓN DE BASE. FUGA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUYENTES DE LA RENTA

Desde hace algún tiempo, los países participantes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) desean formas de combatir la pérdida de recaudación tributaria resultante de estratagemas de planeamiento tributario internacional. Es de gran conocimiento las quejas formuladas contra las compañías multinacionales que, a pesar de su grandiosismo y gran capacidad operativa incluso a escala mundial y del poder intrínseco del que son investidas, efectúan pagos irrelevantes de tributos en los países en los que operan, con total incoherencia con los volúmenes magistrales de ingresos que generan, así como la dimensión de su clientela y con los niveles más altos de ingresos obtenidos por sus principales ejecutivos.

Para confrontar ese fenómeno, llamado “erosión de la base imponible y desplazamiento de beneficios” (*Base Erosion and Profit Shifting*, BEPS), se han sugerido algunas acciones políticas en el ámbito de la OCDE. Entre ellas, se destacan la intolerancia progresiva al planeamiento tributario agresivo, así como la cooperación entre los países y el aumento de la recolección de datos respecto de los contribuyentes y de sus consumidores.

El Brasil finalmente ensaya los primeros pasos con el fin de adoptar una serie de procedimientos inspirados en la política de eliminación de las condiciones que inducen a la fuga de los elementos constitutivos de la renta. De los ejemplos que pueden citarse, está la tributación anticipada de participación en los lucros debido a las empresas controladoras o coligadas en el territorio nacional, y la reciente declaración de planeamiento tributario, conforme la MP N° 685/2015.

Lo que realmente ocurre es que cuando los países atacan el fenómeno BEPS, ellos se muestran preocupados con la propia pérdida de recaudación, es decir, la lucha contra la planificación fiscal no es hacer justicia. Es bien sabido que la misma globalización que posibilita el desmembramiento del proceso productivo en la búsqueda desenfrenada de mano de obra más barata es también responsable por el proceso que concibió mecanismos que resultaron en la manipulación de la forma de contabilizar ciertos costos o “insumos” del proceso productivo, con la sobrevaloración de elementos intangibles como, por ejemplo, la propiedad intelectual.

Así uno de los riesgos que pueden resultar de la aplicación del plan de acción BEPS radica en las consecuencias que las nuevas políticas de fiscalización tributaria pueden provocar en el espacio nacional para los negocios. El objetivo de la BEPS es hacer que las empresas empiecen a pagar los impuestos debidos, sin importar a qué país. Es probable que este *surplus* de ingresos sea canalizado a ese país o países en los que ocurre la etapa de mayor creación o agregación de valor al producto o al servicio prestado. En la modernidad actual, la información es el bien de mayor valor de los procesos productivos. Si el Brasil no corrige la forma como viene actuando y no concede mayor valor agregado a su proceso productivo interno, abandonando el hábito de ser simplemente exportador de *commodities*, dará lugar a la pérdida de ingresos, como consecuencia de las políticas que vienen realizándose en el plano internacional.

Es igualmente importante, como se ha dicho anteriormente, la adopción de cautela en la lucha contra el fenómeno BEPS, para que este no se convierta en un pretexto para la inspiración de normas demasiado invasivas, desproporcionadas o contrarias a la Constitución. Al parecer, el novísimo deber de declarar a las autoridades fiscales el planeamiento tributario tensa las relaciones innecesariamente entre el Estado y los contribuyentes. Se destaca, nuevamente, que la MP N° 685 empleó vocablos vagos y ambiguos que poca ayudan en la definición de criterios precisos en la determinación del tipo de planeamiento tributario que debería ser informado. Por otra parte, el texto de la MP no hace lo suficiente para

indicar criterios precisos de admisibilidad o inadmisibilidad del planeamiento tributario.

4.7 LA CONVERSIÓN DE LA MP N° 685 EN LA LEY N° 13.202/2015. AUSENCIA DE UNA VERDADERA NGAA

El Presidente de la República sancionó el proyecto de ley que establece el Programa de Reducción de Litigios Tributarios (PRORELIT), que es el resultado de la conversión de la controvertida Medida Provisoria N° 685/2015, que preveía la obligatoriedad de la declaración de planeamiento tributario (DPLAT), por lo que surge la Ley N° 13.202 de 8 de diciembre de 2015. La norma determina las condiciones para adherir al programa y también las alícuotas que deben aplicarse en el valor del crédito utilizado para la liquidación.

Se verifica que la ley preservó los dispositivos relativos al PRORELIT que constaban en la MP N° 685/2015, en particular, los arts. 1° a 6°. Sin embargo, el art. 7° del texto original, que causó gran controversia, fue excluido en la votación en la Cámara, así como los que se insertaron entre los arts. 7° a 15 de la referida MP; también el art. 9° fue vetado por la presidencia.

El programa PRORELIT permite la liquidación de deudas tributarias con la Recaudación Federal (RFB) o la Procuraduría General de la Hacienda Nacional (PGFN) vencidos hasta el 30 de junio de 2015, en los procedimientos administrativos o judiciales, dado que el plazo para la adhesión al PRORELIT finalizó el 30 de noviembre de 2015.

De manera diferente de las cuotas incentivadas, como los diversos REFIS abiertos en los últimos años, los programas anteriores de refinanciación de deudas ignoraban al contribuyente que paga puntualmente la obligación tributaria.

De acuerdo con la Ley N° 13.202/2015, al menos el 43% del valor total de la deuda debería ser pagado en especie hasta el último día hábil

del mes de la opción, dado que el saldo se puede pagar a través de créditos por pérdidas fiscales y de base de cálculo negativa de la propia CSLL, del responsable o corresponsable determinados hasta 31 de diciembre de 2013 y declarados hasta el 30 de junio de 2015. El PRORELIT también permitió el uso de estos créditos entre empresas matrices y filiales, directa o indirectamente, y entre empresas que estaban directa o indirectamente controladas por la misma empresa.

La liquidación de las deudas realizada mediante el PRORELIT elimina el crédito tributario siempre que haya homologación posterior. La RFB y la PGFN tienen el plazo de 5 años a partir de la fecha de presentación del requerimiento para analizar la regularidad de la liquidación. En el momento de la publicación de la MP N° 685, la Recaudación Federal estimaba que más de 28 mil empresas con deudas en lo contencioso administrativo o judicial poseían créditos por pérdida fiscal del IRPJ o base de cálculo negativa de la CSLL, que podrían ser utilizados para liquidación del 57% del pasivo tributario por medio del PRORELIT.

Se incluyeron otros puntos en el proceso de conversión de la MP en ley por el Congreso, tales como los acuerdos y convenios internacionales para evitar la doble imposición de los ingresos, firmados por el Brasil, que involucran tanto la CSLL como el IR, es decir, la ley dio nueva interpretación a esta posibilidad, lo que finalmente abrió espacio para el entendimiento en favor de la no incidencia de la CSLL sobre ganancias y rendimientos del exterior, procedentes de países con los cuales el Brasil tenga tales acuerdos.

El art. 7° de la MP N° 685/2015, que era la que obligaba a las empresas a informar a la Recaudación Federal las estrategias utilizadas para pagar menos tributos, fue derogado junto con los artículos siguientes que describían formas de combatir los planeamientos tributarios. Se observa:

Art. 7°.— El conjunto de operaciones realizadas en el año calendario anterior que involucra actos o negocios jurídicos que impliquen supresión, reducción o aplazamiento de tributo deberá ser declarado por el sujeto

pasivo a la Secretaría de Ingresos Federales de Brasil, hasta el 30 de septiembre de cada año, cuando:

I - los actos o negocios jurídicos practicados no poseyeran razones extratributarias relevantes;

II - la forma adoptada no fuera usual, se utilizara de negocio jurídico indirecto o contuviera cláusula que desnaturalice, aunque sea parcialmente, los efectos de un contrato típico; o

III – se tratare de actos o negocios jurídicos específicos previstos en el acto de la Secretaría de Ingresos Federales del Brasil.

Párrafo único. El sujeto pasivo presentará una declaración para cada conjunto de operaciones ejecutadas de forma interconectada, en los términos de la reglamentación.

Art. 8º.— La declaración del sujeto pasivo que reporta actos o negocios jurídicos no ocurridos todavía será tratada como consulta a la legislación tributaria, en los términos de los arts. 46 a 58 del Decreto N° 70.235, de 6 de marzo de 1972.

Art. 9º.— En la hipótesis de no reconocer la Secretaría de Ingresos Federales del Brasil, para fines tributarios, las operaciones declaradas en los términos del art. 7º, el sujeto pasivo será intimado a recaudar o parcelar, dentro de los treinta días, los impuestos adeudados más los intereses por mora.

Párrafo único. Lo dispuesto en el caput no se aplica a las transacciones que están bajo el procedimiento de fiscalización cuando se presenta la declaración.

Art. 10.— La forma, plazo y condiciones de presentación de la declaración a que se refiere el art. 7º, incluyendo hipótesis de dispensa de la obligación, serán reguladas por la Secretaría de Ingresos Federales del Brasil.

Art. 11.— La declaración a que se refiere el art. 7º, incluyendo la rectificadora o la complementaria, será ineficaz cuando:

I - sea presentada por quien no fuera sujeto pasivo de las obligaciones tributarias eventualmente resultantes de las operaciones referidas a los actos o negocios jurídicos declarados;

II - omisa con relación a datos esenciales para la comprensión del acto o negocio jurídico;

III - contuviera hipótesis de falsedad material o ideológica; y

IV - implicase interposición fraudulenta de personas.

Art. 12.— El incumplimiento de lo dispuesto en el art. 7° o la ocurrencia de cualquiera de las situaciones previstas en el art. 11 caracteriza omisión dolosa del sujeto pasivo con la intención de evasión o fraude y los tributos debidos serán cobrados con una multa por mora y la prevista en el § 1° del art. 44 de la Ley N° 9430, de 27 de diciembre de 1996.

Art. 13.— La Secretaría de Ingresos Federales del Brasil y la Procuraduría General de la Hacienda Nacional, dentro de sus competencias, editarán los actos necesarios para la ejecución de los procedimientos de que trata esta Medida Provisoria.

Todos estos artículos de la MP N° 685 fueron excluidos de la Ley N° 13.202/15, por lo que se verifica que, con la conversión de la MP en ley complementaria, se perdieron aquellos artículos que introducirían en el ordenamiento jurídico brasileño las hipótesis de desconsideración de actos y negocios realizados con el único propósito de reducir o suprimir tributos. Es cierto que había una confusión de términos y sistemas utilizados en la referida MP, pero esto podría haber sido subsanado en el momento de su conversión en LC a fin de crear una efectiva Norma General Antiabuso para el Brasil.

Dicho esto, permanece la laguna de la ley; esta traería normas que permitirían una mayor certeza en la caracterización de lo que sería una conducta abusiva, pasible de ser combatida y rechazada por el ordenamiento jurídico. No habiendo parámetros legales para la medición de la regularidad o irregularidad de un comportamiento que pudiese permitir una restricción en la interpretación y en el activismo administrativo, cabe señalar que la seguridad jurídica en la relación tributaria se basa en el establecimiento previo de reglas que fijen derechos, deberes y límites; de esta forma se aplica el derecho, a través de la tipificación y calificación de actos, situaciones o negocios.

En consecuencia, para que en el Brasil se pueda rechazar y combatir los planeamientos tributarios lícitos y pasar a someterlos a otro tipo de imposición, es esencial que se apruebe una verdadera Norma General Antiabuso en la que conste, expresamente, los atributos que configuran el abuso en la planificación fiscal.

CONCLUSIÓN

El planeamiento tributario con el fin de pagar menos impuestos es una práctica legítima de todo contribuyente. Sin embargo, muchas empresas utilizan la premisa del planeamiento tributario para simular operaciones con empresas “de fachada”, solo para burlar las leyes tributarias brasileñas.

El Brasil aún carece de una legislación para reprimir y castigar el abuso en el planeamiento tributario, de ahí derivan los conflictos librados entre la Recaudación Federal y los contribuyentes en lo contencioso administrativo. Ello porque no puede el intérprete actuar, ante la carencia de ley, para tratar de enmarcar conductas no previstas en las hipótesis existentes. Todas las hipótesis deben expresarse y estar rígidamente prescritas en la ley, de lo contrario, las consecuencias de la subjetividad personal crean más incertezas y trabajo contra la seguridad jurídica.

El Brasil hizo un ensayo dando los primeros pasos con el fin de adoptar mecanismos inspirados en la política de erradicación de las condiciones que conducen a la erosión de la llamada base tributable y la fuga de los componentes constitutivos de los ingresos; un ejemplo de ello fue la tributación anticipada de participación en las ganancias debidas a las empresas controladoras o asociadas en el territorio nacional, y la reciente declaración de planeamiento tributario (MP N° 685/2015).

No obstante, de la conversión de la MP N° 685 en Ley Complementaria hubo supresión de aquellos artículos que se ocupaban de la posibilidad de desconsiderar los actos y negocios realizados con el único fin de reducir o suprimir tributo.

Las reglas ejercen un papel clave primordial en la reglamentación del planeamiento tributario, dado que estabilizan las expectativas de los sujetos de la relación tributaria, reduciendo los costos de transacción, de conformidad, así como de los problemas de coordinación, conocimiento y control del poder tributario.

Se concluye que la reglamentación del planeamiento tributario debe ocurrir mediante las reglas generales antielisivas (*general antiavoidance rule*), para que sea garantizado tanto al contribuyente como al Estado la objetividad, previsibilidad y cálculo de las consecuencias jurídicas de los actos y negocios elisivos.

Las reglas antielisivas son normas empleadas por los diferentes sistemas jurídicos, con el fin de prevenir y reglamentar los actos y negocios elisivos; estas reglas se introducen en diferentes configuraciones (abuso de las formas, prevalencia de la sustancia sobre la forma, abuso del derecho y fraude a la ley), a partir de la tradición y experiencia jurídica de cada Estado, aunque haya un trazo común que es el requisito del propósito comercial en los actos y negocios que buscan reducir o evitar la incidencia de tributación.

Se verifica que los Estados democráticos permiten el derecho lícito y legítimo de los contribuyentes de buscar la economía tributaria, pero aplican sanciones penales a las conductas delictivas, y que buscan corregir y evitar los actos y negocios ilegítimos realizados por los contribuyentes con el fin de alterar, manipular o disimular una situación de hecho para escapar de la incidencia tributaria. De este modo, se confiere que los comportamientos de los contribuyentes se dividen en tres frentes: la elisión (lícita, legítima y eficaz); la evasión fiscal (ilícita y sujeta a sanciones penales); y la elusión tributaria (lícita aunque ilegítima e ineficaz ante el Fisco).

El Brasil está tratando de dar sus primeros pasos hacia la creación de reglas generales antiabuso, sin embargo aún no existe una legislación que se preste a este fin de contener los planeamientos tributarios que posean como único propósito economizar o excluir completamente la incidencia del tributo a través de artimañas, aunque aparente y formalmente legales, pero con ese objetivo censurable.

Frente a las diferencias en la interpretación de las leyes, tanto por parte de agentes del Fisco como por la jurisprudencia administrativa, con el fin de extinguir la incerteza y dar mayor seguridad a la relación tributaria, se argumenta que se fijen los criterios, de lo más objetivos posibles, que

puedan limitar y orientar tanto los procedimientos de las autoridades fiscales y juzgadoras, como los de los contribuyentes.

REFERENCIAS

- ALMENDRAL, Violeta Ruiz, Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rules? *Intertax* n. 12, v. 33, 2005.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. San Pablo: Saraiva, 2006.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. San Pablo: Malheiros, 2008.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 4ª ed. San Pablo: Revista dos tribunais, 1990.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval tributário*. San Pablo: Lejus, 2004.
- _____. *Teoria geral do direito tributário*. 2ª ed. San Pablo: Saraiva, 1972.
- BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tomo II. Campinas: LZN, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *La funzione promozionale del Diritto: dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.
- BOGO, Luciano Alaor. *Elisão tributária. Licitude e abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2006.
- BORGES, José Souto Maior. Elisão fiscal. *Revista Fórum de Direito Tributário*, 2003. Disponible en: . Acceso el: 17/12/2015.
- BUJANDA, Fernando Sainz de. *Hacienda y derecho*. Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1955.
- CANOTILHO, J. Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.
- CANTO, Gilberto Ulhoa. *Codificação do direito tributário*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Direito Financeiro, 1955.
- CARRERO, José Manuel Calderón; Almendral, Violeta Ruiz. La codificación de la “doctrina de la sustancia económica” en EE.UU. como nuevo modelo de norma general antiabuso: la tendencia hacia el “sustancialismo”. *Quincena Fiscal*, nº 15/16, pp. 37-75, set. 2010.

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 23ª ed. San Pablo: Saraiva, 2011.
- _____. *Derivação e positivação no direito tributário*. V. 1. San Pablo: Noeses, 2011.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração*. Salvador: Podivm, 2008.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. Fraude à lei, abuso do direito e abuso da personalidade jurídica em direito tributário: denominações distintas para o instituto da evasão fiscal. In: YAMASHITA, Douglas (Coord.). *Planejamento tributário à luz da jurisprudência*. San Pablo: Lex, 2007.
- _____. *Evasão e Elisão Fiscal: O parágrafo único do art. 116, CTN, e o direito comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. Os limites atuais do planejamento tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *O planejamento tributário e a lei complementar 104*. San Pablo: Dialética, 2002.
- CORRÊA, Elessandra Pombo. *Desenvolvimento do sistema financeiro e crescimento econômico: revisão da literatura e dos estudos empíricos aplicados ao Brasil*. Monografia apresentada em el Instituto de Economia de la Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2005.
- COURINHA, Gustavo Lopes. *A cláusula geral anti-abuso no direito tributário: contributos para a sua compreensão*. Coimbra: Almedina, 2004.
- COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária: exequibilidade de lei tributária e direitos do contribuinte*. San Pablo: Malheiros, 2007.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate. O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- _____. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. San Pablo: LTr, 2002.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. A desconsideração dos atos e negócios jurídicos dissimulados, segundo a lei complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *O planejamento tributário e a lei complementar 104*. San Pablo: Dialética, 2002.
- _____. Mutações, complexidade, tipo e conceito, sob o signo da segurança e da proteção da confiança. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Tratado de direito constitucional tributário. Estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. San Pablo: Saraiva, 2005.
- _____. O direito à economia de imposto: seus limites (estudo de casos). In: YAMASHITA, Douglas (Coord.). *Planejamento tributário à luz da jurisprudência*. San Pablo: Lex, 2007.
- _____. *Direito tributário, direito penal e tipo*. San Pablo: RT, 2007.
- DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. San Pablo: Bushatsky, 1977.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. San Pablo: Martins Fontes, 2002.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- FAVEIRO, Vítor. *O estatuto do contribuinte: a pessoa do contribuinte no estado social de direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- FERNANDES, Rogério. *Cláusula geral anti-abuso: primeira decisão judicial. Informação Fiscal PLMJ, jun. de 2011*. Disponível em: <[http://afp.pt/content/ NEWSLETTERS/CLAUSULA_GERAL_ANTI-ABUSO__PRIMEIRA_DECISAO __JUDICIAL.pdf](http://afp.pt/content/NEWSLETTERS/CLAUSULA_GERAL_ANTI-ABUSO__PRIMEIRA_DECISAO__JUDICIAL.pdf)>. Acesso em: 4/1/2016.
- FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Campinas: Red Livros, 1999.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Notas sobre contribuições sociais e solidariedade no contexto do estado democrático de direito. In:

- GRECO, M.A.; GODOI, M. S. *Solidariedade social e tributação*. San Pablo: Dialética, 2005.
- FERREIRA, Eduardo Paz. *Da dívida pública e das garantias dos credores do Estado*. Coimbra: Almedina, 1994.
- _____. *Valores e interesses: desenvolvimento econômico e política comunitária de cooperação*. Coimbra: Almedina, 2004.
- _____. *Aspectos de harmonização fiscal europeia*. In: *Fisco*, n. 105/106, nov. 2002. Ano XIII, pp. 3-19.
- _____. Do mito do sector empresarial do Estado ao mito das privatizações. In: *Revista da Banca*, n. 9, ene-mar. 1989, pp. 23-37.
- FILHO, José Abreu. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. San Pablo: Saraiva, 2003.
- FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.
- GAINO, Itamar. *Simulação dos negócios jurídicos*. San Pablo: Saraiva, 2008.
- GARCIA, Eusebio González. Algunos problemas subsistentes em la interpretación de las normas tributárias. In: Martins, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Desafios do século XXI*. San Pablo: Pioneira, 1997.
- GODOI, Marciano Seabra de. *Fraude a la ley y conflicto en la aplicación de las leyes tributarias*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2005.
- _____. Uma proposta de compreensão e controle dos limites da elisão fiscal no direito brasileiro. Estudo de casos. In: YAMASHITA, Douglas (Coord.). *Planejamento tributário à luz da jurisprudência*. San Pablo: Lex, 2007.
- _____. *O quê e o porquê da tipicidade tributária*. In: RIBEIRO, R. L.; ROCHA, S.A. (Coords.). *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. San Pablo: Quartier Latin, 2008.

- _____ A figura da fraude à lei prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN. *Revista Dialética de Direito Tributário*, San Pablo, n. 68, 2001.
- _____ A figura da fraude à lei tributária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, San Pablo, n. 79, p. 75- 85, 2002.
- _____ Dois conceitos de simulação e suas conseqüências para os limites da elisão fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. San Pablo: Dialética, v. 11, pp. 272-298, 2007.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- GÓMEZ, Rafael Jesus San. *Las clausulas anti-abuso específicas tributárias frente a las libertades de circulación de La Unión Europea*. Barcelona: Bosh, 2010.
- GONZALES, Eusebio; Lejeune, Ernesto. *Derecho tributário I*. 2ª ed. Salamanca: Plaza Universitária, 2000.
- GRAHAM AARONSON, *GAAR study: A study to consider whether a general anti-avoidance rule should be introduced into the UK tax system*. Londres: H. Treasury, 2011.
- GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3ª ed. San Pablo: Dialética. 2011.
- _____ Planejamento fiscal e abuso de direito, In: Martins, Ives Gandra da Silva. *Imposto de renda: conceitos, princípios e comentários*. San Pablo: Atlas, 1994, pp. 91-105.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. San Pablo: Martins Fontes. 2006.
- LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Cursos de derecho financeiro español*. Madrid: Macial Pons, 1998, p. 141.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

- LOPES, Carlos Côrtes Vieira. *Breves considerações acerca do sistema tributário nos Estados Unidos da América*. Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de introdução ao direito americano: Fundamental of US Law Course - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, Año III, n. 12, (set./oct. 2011). Brasília: EAGU, 2011.
- MACIEL, Taísa Oliveira. *Tributação dos lucros das controladas e coligadas estrangeiras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MARTINS, António Carvalho. *Simulação na lei geral tributária e pressuposto do tributo: em contexto de fraude, evasão e planeamento fiscal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. San Pablo: RT, 2002.
- MARTINS, Ive Gandra da Silva. *Teoria da imposição tributária*. San Pablo: Saraiva, 1993.
- MARTINS, I.G.S; MARONE, J.R. Elisão e evasão de tributos: estudo de casos. In: YAMASHITA, Douglas (Coord.). *Planejamento tributário à luz da jurisprudência*. San Pablo: Lex, 2007.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.
- MATTIETO, Leonardo de Andrade. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. San Pablo: Saraiva, 2005.
- MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Colombia, 2004.
- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *A simulação no direito civil brasileiro*. San Pablo: Saraiva, 1980.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. San Pablo: Saraiva, 1989.
- MORENO, Abraham Castro. *Elusiones fiscales atípicas*. Barcelona: Atelier, 2008.
- MORGADO, Abílio Manuel de Almeida. A evasão fiscal face a teoria da interpretação da lei fiscal – abordagem do tema e suas implicações metodológicas. In *Documentação e direito comparado*. Lisboa: Boletim do Ministério da Justiça, 1990.
- NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, M. A.; GODOI, M.S. *Solidariedade social e tributação*. San Pablo: Dialética, 2005.
- NOVOA, César García. *El Concepto de Tributo*. Lima: Tax Editor, 2009.
- _____. *El Principio de seguridad jurídica em matéria tributária*. Madrid: Marcial Pos, 2000.
- _____. *La cláusula antelisiva em la nueva LGT*. Madrid: Marcial Pos, 2004.
- PALMA, Clotilde Celórico. *A aplicação da cláusula geral antiabuso em Portugal*. Recife: Congresso de Direito Tributário de Pernambuco.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- PEREZ DE AYALA, José Luis. *Fundamento de derecho tributário*. Madrid: Edersa, 1998.
- PHILIP BAKER, The UK GAAR and the Indian GAAR. *Journal of International Taxation*, n. 5, v. 6, 2012, pp. 590-592.
- QUEIROZ, Mary Elbe. A transparência fiscal e a inexistência de sigilo bancário para o Fisco. In: *Livro em homenagem ao Alberto Xavier*. Lisboa: Almedina, 2012.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, interpretação e elisão tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.
- _____. A Elisão Fiscal e a LC n. 104/2001. *RDDT*, nº 83, 2002.

- ROLIM, João Dácio. Reflexões sobre normas gerais antielusivas na jurisprudência. In: YAMASHITA, Douglas (Coord.). *Planejamento tributário à luz da jurisprudência*. San Pablo: Lex, 2007.
- _____. Dez Anos da Norma Geral Antielusiva no Brasil. *RDDT*, nº 197, 2012.
- _____. *Normas antielusivas tributárias*. San Pablo: Dialética, 2001.
- ROSENBLATT, Paulo. *General Anti-Avoidance Rules for Major Developing Countries*. Rotterdam: Kluwer, 2015.
- ROTHMANN, Gerd Wille. Prefácio do livro *Planejamento Tributário. Análise de casos concretos*. Castro, Leonardo Freitas de Morais e. (Coord.). *O Código Tributário da Alemanha (AO)*, San Pablo, MP Ed. 2010.
- ROYO, Fernando Perez. *Derecho financeiro y tributário*. Madrid: Civitas, 1998.
- SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito tributário: o ordenamento italiano. In: GRECO, M.A.; GODOI, M.S. *Solidariedade social e tributação*. San Pablo: Dialética, 2005.
- SANCHES, José Luís Saldanha. *Justiça fiscal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.
- _____. *Os limites do planeamento fiscal*. Coimbra: Coimbra 2010.
- _____. *Os limites do planeamento fiscal: substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SANTOS, Antonio Carlos. *A simulação em direito civil*. San Pablo: Lejus, 2009.
- SILVA, Anderson Furlan Feire da. *Elisao fiscal: reflexões sobre a evolução jurídico doutrinária e situação actual*. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____. *Planejamento discal no direito brasileiro: limites e possibilidades*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2008.

- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. San Pablo: Malheiros, 1999.
- SOUZA, Rubens Gomes. *Compendio da legislação tributaria* San Pablo: Edições Financeiras AS, 1954.
- _____. *Normas de interpretação no Código tributário Nacional: interpretação no direito tributário*. San Pablo: Editora da Universidade Católica, 1975.
- SÜSSEKIND, A.; MARANHÃO, D.; VIANNA, S. *Instituições de direito do trabalho*. San Pablo: LTr, v.1, 1993.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TIPKE, Klaus YAMASHITA, D. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. San Pablo: Malheiros. 2002.
- _____. *Moral tributaria del estado y de os contribuyentes* (Bestuerungsmoral und Steuemoal). Madrid: Marcial Pons, 2002.
- TORRES, Heleno. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária*. San Pablo: RT, 2003.
- _____. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transacionais*. San Pablo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. Enquadramento fiscal da subcapitalização das empresas. In: *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributario*. Livro 3. Lisboa: Associação Fiscal Portuguesa, 1998.
- _____. *Segurança Jurídica do sistema constitucional tributário*. San Pablo: [s.n], 2009.
- _____. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. San Pablo: Revista dos Tribunais, 2011.

- ____ *A fiscalização tributária ganha força no Fisco global*. Disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-14/consultor-tributario-fiscalizacao-tributaria-ganha-forca-fisco-global>>. Acceso: 21/2/2016.
- ____ *O planejamento Tributário Abusivo*. Disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-26/helena-torres-planejamento-tributarioabusivo-alvo-fisco-global>>. Acceso: 19/8/2015.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2005a.
- ____ *Normas de interpretação e integração do direito tributário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 237.
- ____ *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 3, 2005b.
- ____ Normas gerais antielisivas. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Temas de interpretação do direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ____ Elisão abusiva e simulação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho de Contribuintes. In: YAMASHITA, Douglas (Coord.). *Planejamento tributário à luz da jurisprudência*. San Pablo: Lex, 2007.
- ____ O princípio da tipicidade no direito tributário. In: RIBEIRO, R.L.; ROCHA, S.A. (Coords.). *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. San Pablo: Quartier Latin, 2008.
- ____ *Normas gerais antielisivas*, REDAE, 2005, Disponible en: <www.direitodoestado.com.br>. Acceso: 11/7/2015, pp. 1-5.
- VARELA, L.B.; LUDWIG, M.C. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. San Pablo: RT, 2002.
- XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. San Pablo: Dialética. 2002.

YAMASHITA, Douglas (Coord.). *Planejamento tributário à luz da jurisprudência*. San Pablo: Lex, 2007.

ZILVETI, Fernando Aurélio. Tipo e linguagem: a gênese da igualdade na tributação. In: RIBEIRO, R.L.; ROCHA, S.A. (Coords.). *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. San Pablo: Quartier Latin, 2008.

ZIMMER, Frederik. *IFA General Report: Form and Substance in Tax Law*, IFA, v. 87A, 2002.