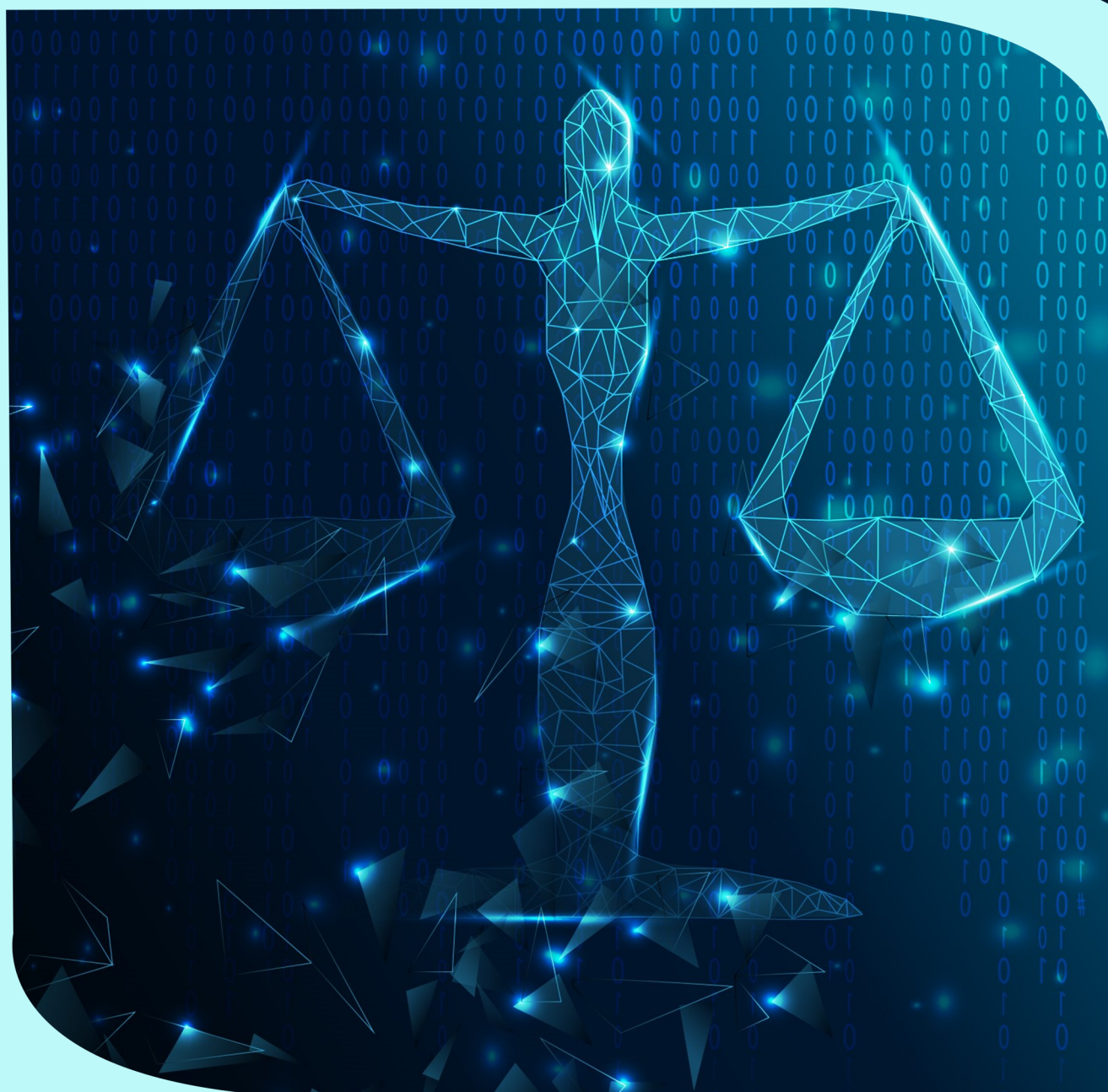


A (Não) Efetividade das Ciências Jurídicas no Brasil 2

Douglas Santos Mezacasa
(Organizador)

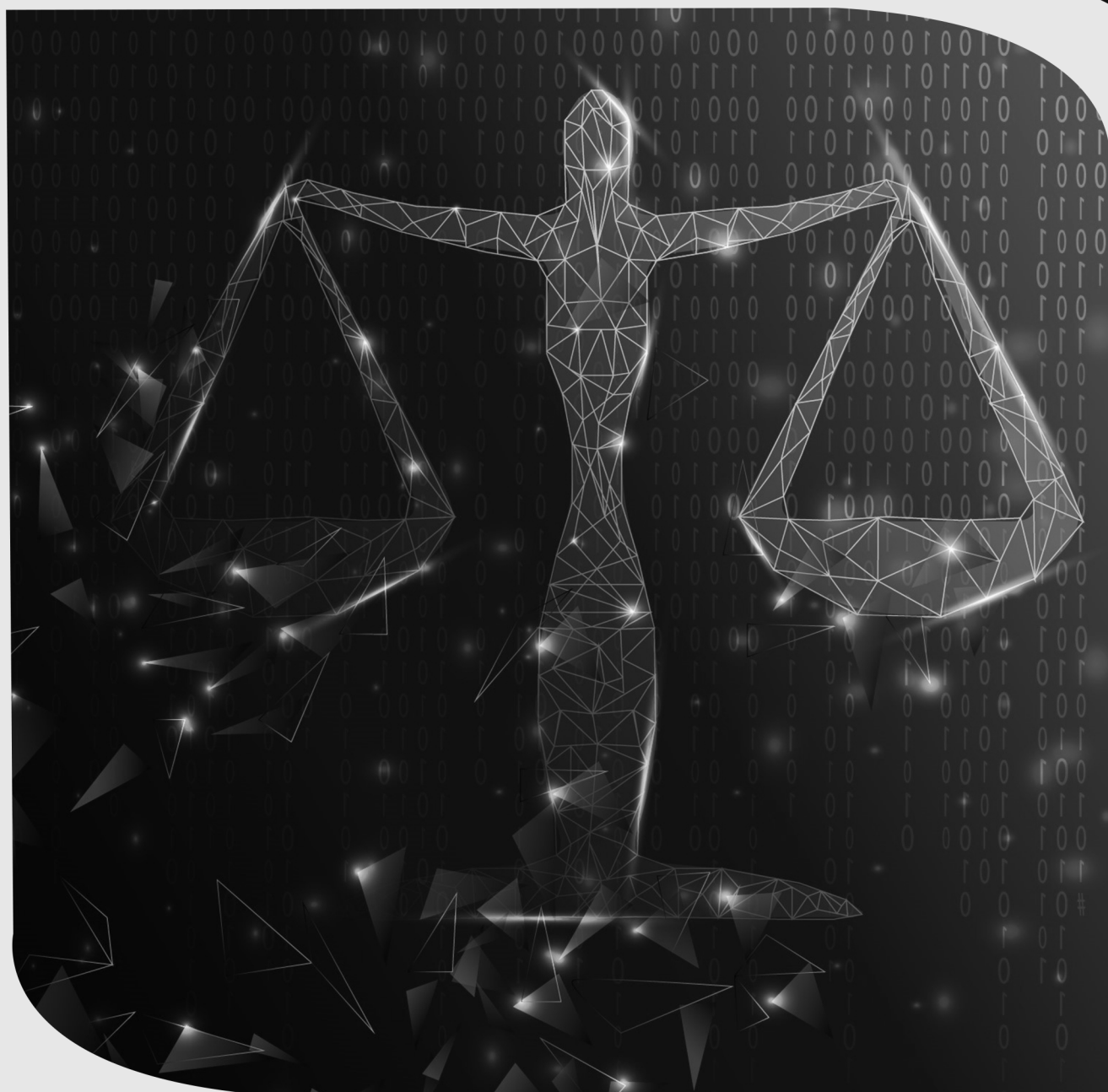


Atena
Editora

Ano 2020

A (Não) Efetividade das Ciências Jurídicas no Brasil 2

Douglas Santos Mezacasa
(Organizador)



Atena
Editora

Ano 2020

2020 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2020 Os autores

Copyright da Edição © 2020 Atena Editora

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Diagramação: Natália Sandrini de Azevedo

Edição de Arte: Lorena Prestes

Revisão: Os Autores



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição 4.0 Internacional (CC BY 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins

Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso

Profª Drª Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília

Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense

Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa

Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa

Profª Drª Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará

Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá

Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima

Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná

Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie di Maria Ausiliatrice

Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense

Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso

Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins

Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Universidade Federal do Maranhão

Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará

Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa

Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa

Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste

Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador

Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará

Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano

Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás

Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná

Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Fágner Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília
Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Profª Drª Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília
Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Fernando José Guedes da Silva Júnior – Universidade Federal do Piauí
Profª Drª Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Profª Drª Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco
Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federaci do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá
Profª Drª Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Prof. Dr. Alexandre Leite dos Santos Silva – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Conselho Técnico Científico

Prof. Me. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Me. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Me. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão

Profª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
 Profª Drª Andrezza Miguel da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
 Prof. Dr. Antonio Hot Pereira de Faria – Polícia Militar de Minas Gerais
 Profª Ma. Bianca Camargo Martins – UniCesumar
 Profª Ma. Carolina Shimomura Nanya – Universidade Federal de São Carlos
 Prof. Me. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
 Prof. Ma. Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo
 Prof. Me. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
 Profª Ma. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco
 Prof. Me. Douglas Santos Mezacas -Universidade Estadual de Goiás
 Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil
 Prof. Me. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita
 Profª Ma. Fabiana Coelho Couto Rocha Corrêa – Centro Universitário Estácio Juiz de Fora
 Prof. Me. Felipe da Costa Negrão – Universidade Federal do Amazonas
 Profª Drª Germana Ponce de Leon Ramírez – Centro Universitário Adventista de São Paulo
 Prof. Me. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária
 Prof. Me. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná
 Profª Ma. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
 Prof. Me. Javier Antonio Albornoz – University of Miami and Miami Dade College
 Profª Ma. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
 Prof. Me. José Luiz Leonardo de Araujo Pimenta – Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria Uruguay
 Prof. Me. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco
 Profª Ma. Juliana Thaisa Rodrigues Pacheco – Universidade Estadual de Ponta Grossa
 Prof. Me. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
 Profª Ma. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará
 Profª Ma. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ
 Profª Drª Lívia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás
 Prof. Me. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados
 Prof. Dr. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual de Maringá
 Profª Ma. Marileila Marques Toledo – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
 Prof. Me. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados
 Profª Ma. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal
 Profª Ma. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo
 Prof. Me. Tallys Newton Fernandes de Matos – Faculdade Regional Jaguaribana
 Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)**

N194 A (não) efetividade das ciências jurídicas no Brasil 2 [recurso eletrônico] / Organizador Douglas Santos Mezacasa. – Ponta Grossa, PR: Atena Editora, 2020.

Formato: PDF
 Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader.
 Modo de acesso: World Wide Web.
 Inclui bibliografia
 ISBN 978-65-86002-70-6
 DOI 10.22533/at.ed.706203003

1. Direito – Brasil. 2. Direito – Filosofia. I. Mezacasa, Douglas Santos.

CDD 340

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

Atena Editora
 Ponta Grossa – Paraná - Brasil
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 ao apresentar um extenso rol normativo, trouxe o princípio da dignidade da pessoa humana consagrando-o como marco importante e representativo da redemocratização brasileira. Porém, no que se refere com a preocupação com os direitos fundamentais, com os objetivos republicanos essenciais e com a elevação do indivíduo como eixo central de proteção, os comandos expedidos pelo constituinte e pela própria legislação ordinária (não) são efetivamente concretizados, o que acaba provocando discussões teóricas acerca dos temas relativos a todas as searas jurídicas.

Pensar na efetivação do direito brasileiro inserido nas relações jurídicas nos exige refletir em que medida o ordenamento jurídico se ocupa em diferentes espaços, percepções, áreas, culturas, métodos de reflexão e de interpretações das mesmas. O direito e a realidade se unem para questionar até que ponto as normas estão sendo aplicadas no âmbito jurídico no intuito de efetivar os direitos e garantir a justiça social dos cidadãos. Porém, trata-se de uma aderência complexa e específica que necessita de análises científicas inter-relacionadas com as áreas das ciências jurídicas.

Em busca pela eficácia da aplicação da norma no sistema jurídico, a Atena Editora lança a sua segunda edição da coletânea intitulada “A (Não) Efetividade das Ciências Jurídicas no Brasil 2”, um compendio composto por vinte e três capítulos que une pesquisadores especialistas, mestres e doutores de instituições localizadas de todas as áreas do Brasil. Trata-se de uma obra que discute temáticas variadas de todas as searas das grandes áreas das Ciências Jurídicas. De maneira geral, os capítulos, que abordam esses espaços, estruturam-se com o objetivo de analisar a aplicação das fontes do direito como forma de (não) efetivação das normas acerca da sua concretude e seus efeitos aos casos concretos.

A segunda edição realizada em formato de e-book, é inovadora nas pesquisas jurídicas e nas áreas de concentração do direito contemporâneo. Nesse sentido, a coletânea abordará temas relativos às questões de proteção e garantia à saúde, assuntos que permeiam as questões de gênero do país, o sistema penal e suas especificidades, as questões processuais no âmbito civil, administrativo e tributário, a democracia e entre outros temas que compreendem os valores morais e culturais da sociedade com a consequência de criação e evolução das normas e suas concretudes.

Temas diversos e interessantes são, deste modo, discutidos aqui com a proposta de fundamentar o conhecimento de acadêmicos, mestres, doutores e todos aqueles juristas que de alguma forma se interessam pela ciência jurídica e pelo Direito. Possuir um material acadêmico que reflita a evolução de diferentes áreas

do direito e da sociedade, de forma temporal, com dados e resultados substanciais e concretos torna-se muito relevante para o campo da pesquisa no Brasil.

Deste modo a obra “A (Não) Efetividade das Ciências Jurídicas no Brasil 2” apresenta uma teoria bem fundamentada nos resultados práticos obtidos pelos diversos professores, acadêmicos e pesquisadores que arduamente desenvolveram seus trabalhos que aqui serão apresentados de maneira concisa e didática. Sabemos o quão importante é a divulgação científica, por isso evidenciamos também a estrutura da Atena Editora capaz de oferecer uma plataforma consolidada e confiável para estes pesquisadores exporem e divulguem seus resultados.

Douglas Santos Mezacasa

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NA PROTEÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE E EM RELAÇÃO À A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 95/2016	
Henrique Lopes Dornelas	
DOI 10.22533/at.ed.7062030031	
CAPÍTULO 2	16
A CONSAGRAÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO COMO DILEMA ATUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
Milena Thaís Kerkhoff Utzig	
DOI 10.22533/at.ed.7062030032	
CAPÍTULO 3	30
A IMPLANTAÇÃO DE NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO PARA O COMBATE À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	
Nayara Luiza Pereira Rodrigues	
Pollyana Callou de Moraes Dantas	
Antonio Lucimilton de Souza Macêdo	
Jonas Sampaio da Cruz	
Sarah Rachel Pinheiro	
Pedro Alex Leite Cruz	
DOI 10.22533/at.ed.7062030033	
CAPÍTULO 4	36
A INEFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NAS CHACINAS DO CARANDIRU E DE ALÇAÇUZ	
Beatriz Borges Maia	
Nathália Melo Sousa Santos	
DOI 10.22533/at.ed.7062030034	
CAPÍTULO 5	41
A PERFORMANCE DA SUSTENTAÇÃO ORAL DOS OPERADORES DO DIREITO NO TRIBUNAL DO JURI	
Alexandre Ranieri Ferreira	
Larissa Pereira Melo da Silva	
Fernando Antonio Pessoa da Silva Junior	
DOI 10.22533/at.ed.7062030035	
CAPÍTULO 6	52
A REFORMA TRABALHISTA (LEI N° 13.467/2017) E OS NOVOS PARADIGMAS DO TELETRABALHO NO BRASIL	
Adriana Mendonça da Silva	
Nayhara Régia dos Santos Nogueira	
DOI 10.22533/at.ed.7062030036	
CAPÍTULO 7	70
A RELEVÂNCIA DO USO DE ALGEMAS NA ATIVIDADE POLICIAL SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E LEGAL	
Antônio José da Silva Filho	
Ranieldo Barreiras Barbosa Souza	
DOI 10.22533/at.ed.7062030037	

CAPÍTULO 8	84
A SUBSIDIARIEDADE COMO FUNDAMENTO PRINCÍPIOLÓGICO PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	
Ana Luísa Sevegnani	
DOI 10.22533/at.ed.7062030038	
CAPÍTULO 9	98
ANÁLISE DE CONTRATOS COM CLÁUSULAS ABUSIVAS	
Weider Silva Pinheiro	
DOI 10.22533/at.ed.7062030039	
CAPÍTULO 10	107
AS COMISSÕES DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA REDE MUNICIPAL DE ENSINO DE SÃO PAULO	
Elaine Aparecida Pereira	
Paulo Roberto Rodrigues Simões	
DOI 10.22533/at.ed.70620300310	
CAPÍTULO 11	122
DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA E OS NOVOS PARADIGMAS ESTABELECIDOS PELA LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017	
Adriana Mendonça da Silva	
Hilza Maria Feitosa Paixão	
DOI 10.22533/at.ed.70620300311	
CAPÍTULO 12	132
DESCONSIDERAR A PERSONALIDADE JURÍDICA É MEIO PARA REDIRECIONAR EXECUÇÕES FISCAIS, NA FORMA DO ARTIGO 135, III DO CTN?	
Marcelo Paar Santiago	
DOI 10.22533/at.ed.70620300312	
CAPÍTULO 13	168
DIREITOS REPRODUTIVOS DA MULHER NO ROMANCE DISTÓPICO CONTO DA AIA DE MARGARET ATWOOD	
Letícia dos Santos Sousa	
DOI 10.22533/at.ed.70620300313	
CAPÍTULO 14	173
ELITIZAÇÃO, EXCLUSÃO E VIOLÊNCIA NOS ESTÁDIOS	
Luiz Felipe Rosolen Ferro	
Antonio Isidoro Piacentin	
DOI 10.22533/at.ed.70620300314	
CAPÍTULO 15	191
HABEAS CORPUS PARA ANIMAIS NÃO HUMANOS	
Lígia Lopes Bortolucci Ruas	
Natália Regina Karolensky	
Eduardo Augusto Ruas	
DOI 10.22533/at.ed.70620300315	

CAPÍTULO 16	205
INSEGURANÇA JURÍDICA TRAZIDA PELO STF NAS DECISÕES TOMADAS FORA DE SUA COMPETÊNCIA EM CONFLITO COM O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO	
Larissa Regina Lima de Moura	
DOI 10.22533/at.ed.70620300316	
CAPÍTULO 17	214
LEGALIDADE DA ADOÇÃO BRASILEIRA	
Kamilla Ceyça da Silva Lima	
Kalyana Barbosa da Silva	
Lucilene Medeiros Barbosa	
Ana Leide Rodrigues de Sena Góis	
DOI 10.22533/at.ed.70620300317	
CAPÍTULO 18	225
MAR SEM FIM: DIVERSIDADE BIOLÓGICA E A PROTEÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL DOS OCEANOS	
Letícia Kallás Oliveira	
Márcia Brandão Carneiro Leão	
DOI 10.22533/at.ed.70620300318	
CAPÍTULO 19	243
NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA DÉCADA DE EVOLUÇÃO CONCEITUAL E JURISPRUDENCIAL	
Ione Campêlo da Silva	
Janine Pereira Ribeiro	
Pedro Germano dos Anjos	
DOI 10.22533/at.ed.70620300319	
CAPÍTULO 20	254
O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO, E SUAS LIMITAÇÕES EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS E DO DIREITO INTERNACIONAL	
Bruno Cardenal Castilho	
DOI 10.22533/at.ed.70620300320	
CAPÍTULO 21	269
OPERAÇÕES DE FUSÕES E AQUISIÇÕES (M&A) CONFORME A TEORIA DOS JOGOS	
Andreza Molinário Procópio	
DOI 10.22533/at.ed.70620300321	
CAPÍTULO 22	291
PARTO ANÔNIMO: ANÁLISE DE SUA CONVENIÊNCIA DIANTE DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	
Giovana Massaro Guidi	
Marco Antonio dos Anjos	
DOI 10.22533/at.ed.70620300322	
CAPÍTULO 23	304
PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO DA ORDEM JUDICIAL E OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE	
Alcilênio Junio dos Santos Tavares	
DOI 10.22533/at.ed.70620300323	

SOBRE O ORGANIZADOR.....	317
ÍNDICE REMISSIVO	318

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NA PROTEÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE E EM RELAÇÃO À A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 95/2016

Data de aceite: 23/03/2020

Henrique Lopes Dornelas

Doutorando do Programa de Pós-graduação em Direito - PPGD-UNESA. Mestre em Direito – UERJ e Mestre em Sociologia e Direito - PPGSD/UFF. Advogado e Prof. do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá – UNESA e do Centro Universitário Gama e Souza - UNIGAMA.
E-mail: hldornelas@gmail.com

RESUMO: O objetivo do trabalho foi de analisar a aplicação do princípio da vedação de retrocesso social na proteção do direito social à saúde sobretudo em relação às mudanças recentemente ocorridas no Brasil relativas ao investimento em políticas e programas sociais e, sobretudo, da restrição de investimentos em saúde; discutir a possibilidade de retrocesso social ou ameaça aos avanços sociais representada pela EC 95/2016. Para a realização do trabalho foi utilizado o método de estudo descritivo e explicativo, com abordagem qualitativa e análise de resultados. A revisão de literatura foi realizada em periódicos, teses e dissertações, bem como busca nas bases Latin American and Caribbean Health Science Literature Database (LILACS), Scientific Electronic Library Online (SciELO), Google

Acadêmico, utilizando-se descritores “princípio da vedação retrocesso social”, “retrocesso social”, “direito à saúde” e “tutela direitos fundamentais”. Foi feita a busca de Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIn e jurisprudência no campo de pesquisa no sítio do Supremo Tribunal Federal (STF) e levantamento da legislação pertinente em sítios específicos do Congresso Nacional e Senado Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Vedação de Retrocesso Social; Direitos Sociais; Direito à Saúde.

ABSTRACT: The objective of the work was to analyze the application of the Principle of Prohibition of Social Retrocession in the protection of the social right to health, especially in relation to the recent changes in Brazil regarding investment in social policies and programs and, above all, the restriction of investments in health; discuss the possibility of social setback or threat to social advances represented by EC 95/2016. For the accomplishment of the work the method of descriptive and explanatory study was used, with qualitative approach and analysis of results. The literature review was carried out in journals, theses and dissertations, as well as searches in the Latin American and Caribbean Health Science Literature Database

(LILACS), Scientific Electronic Library Online (SciELO), Google Scholar bases, using the descriptors “backward sealing principle social”, “social setback”, “right to health” and “protects fundamental rights”. The search for Direct Action of Unconstitutionality - ADIn and jurisprudence in the field of research was made on the website of the Supreme Federal Court (STF) and survey of the relevant legislation in specific sites of the National Congress and the Federal Senate.

KEYWORDS: Principle of Prohibition of Social Backwardness; social rights; Right to health.

1 | INTRODUÇÃO

O direito à saúde está previsto no artigo 196 da CRFB/88, e faz parte do elenco dos direitos sociais do art. 6º da CRFB/88. O artigo 198 da CRFB/88 trata especificamente do Sistema Único de Saúde (SUS). No § 3º do artigo 198 é estabelecido o comando sobre o financiamento público dos serviços de saúde.

O Direito a Saúde, elencado como direito social, exige um fazer por parte do Estado, é um direito de cunho positivo, de natureza prestacional e para ser concretizado necessita da promoção de políticas públicas, visto que as normas garantidoras dos direitos sociais têm eficácia limitada e aplicabilidade mediata ou diferida, o que significa que somente com a edição de norma posterior pode ser concretizado.

Uma vez garantido um direito fundamental, no próprio texto constitucional ou em lei infraconstitucional, este não poderia ser abolido ou reduzido por lei posterior ou por mudança no próprio texto constitucional, pela edição de uma emenda constitucional por exemplo, pois representaria retrocesso social e insegurança jurídica, aliado ao fato de que, os direitos sociais estão incluídos nas garantias individuais do artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal, constituindo verdadeira cláusula pétrea.

A Proposta de Emenda Constitucional nº 55 (PEC-55), publicada como Emenda Constitucional nº 95/2016 em 15 de dezembro de 2016, (EC 95/2016), alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), instituindo novo regime fiscal, estabelecendo um teto financeiro para o gasto público, nos próximos vinte anos.

Nesse sentido, a não observância do caráter progressivo de investimentos em saúde, promovida pela referida EC 95/2016 representa verdadeiro retrocesso social, o que por sua vez inviabiliza a efetivação do Direito à Saúde e a concretização das políticas públicas no setor.

A EC nº 95/2016 encontra-se em discussão no Supremo Tribunal Federal (STF), em razão do julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº. 5658 (ADI 5658), tendo como um dos fundamentos a aplicação do princípio da vedação

de retrocesso social.

O objetivo do trabalho é de analisar as mudanças recentemente ocorridas no Brasil relativas ao investimento em políticas e programas sociais e, sobretudo, da restrição de investimentos em saúde à luz do princípio da vedação de retrocesso social; discutir a possibilidade de retrocesso social ou ameaça aos avanços sociais representada pela EC95/2016.

Para a realização do trabalho foi utilizado o método de estudo descritivo e explicativo, com abordagem qualitativa e análise de resultados. A revisão de literatura foi realizada em periódicos, teses e dissertações, bem como busca nas bases Latin American and Caribbean Health Science Literature Database (LILACS), Scientific Electronic Library Online (SciELO), Google Acadêmico, utilizando-se descritores “princípio da vedação retrocesso social”, “retrocesso social”, “direito à saúde” e “tutela direitos fundamentais”.

Foi feita a busca de Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIn e jurisprudência no campo de pesquisa no sítio do Supremo Tribunal Federal (STF) e levantamento da legislação pertinente em sítios específicos do Congresso Nacional e Senado Federal.

2 | OS DIREITOS SOCIAIS E O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE

Os Direitos Sociais, como direitos de segunda geração ou dimensão surgiram no século XX, por meio das lutas, manifestações e reivindicações dos trabalhadores. Foram positivados primeiramente na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição Alemã de 1919.

Já em nosso país, a primeira Constituição a dispor acerca dos Direitos Sociais foi a Constituição de 1934, inspirada na Constituição alemã de Weimar. Nesse sentido, conforme afirmado por GROFF (2008, p. 112):

Em 16-07-1934, foi promulgada pelo Congresso constituinte uma Constituição inspirada na Constituição alemã de Weimar, de forte conotação social, introduzindo matérias referentes a ordem econômica e social, à família, à educação, à cultura, e uma forte legislação trabalhista e previdenciária. Nesse período ocorreu a elaboração de um grande número de legislações e ações do governo na área social. Já haviam sido criados, no primeiro mês do governo provisório, dois grandes Ministérios: o Ministério do Trabalho, da Indústria e do Comércio e o Ministério da Educação e da Saúde Pública, dos quais decorreram diversos órgãos e ações de grande importância e repercussão nacional.

Na Constituição Federal de 1988 os direitos sociais estão elencados no seu artigo 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Nesse sentido aponta LAFER (1988, p. 127-131) que

É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos como o direito ao trabalho, à saúde, à educação têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo.

Como direitos positivos ou prestacionais os Direitos Sociais exigem por parte do Estado a elaboração de leis, adoção e execução de políticas públicas que concretizem os referidos direitos, o que envolve investimentos crescentes em setores fundamentais, notadamente os relacionados aos direitos de saúde e educação.

O Direito à Saúde, como direito social fundamental (artigo 6º da CRFB/88) firmou-se em nosso sistema jurídico com a redemocratização do Brasil e com o advento da Constituição Federal de 1988, com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). O Direito à Saúde, vem previsto no artigo 196 da CRFB/88: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Já no artigo 198 da CRFB/88, foi previsto o Sistema Único de Saúde (SUS) ao estabelecer que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, apontando as diretrizes do referido sistema, as quais são a (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e, (iii) participação da comunidade.

Em 1990, foi promulgada a Lei nº 8.080/90, dispendo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, estabelecendo em seu artigo 2º:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e

recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Já em seu artigo 3º é estabelecido que os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; estatelando também que dizem respeito à saúde as ações que destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social (artigo 3º, parágrafo único da Lei nº 8.080/900).

3 | O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

O princípio da vedação de retrocesso social, também conhecido como princípio da não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais, teve origem no debate doutrinário e na aplicação judicial em Portugal e na Alemanha.

Aponta Braz (2016, p. 80) que o Tribunal Constitucional de Portugal foi pioneiro na aplicação do referido princípio no julgamento de inconstitucionalidade de uma lei que retirava dos jovens de 18 a 25 anos o direito de receber o rendimento social de inserção (RSI), e o caso do julgamento de inconstitucionalidade de lei que iria revogar parte do Serviço Nacional de Saúde português. Nesse sentido, sustenta que:

O acórdão 39/84 do Tribunal Constitucional Português (TC) foi um dos primeiros julgados a utilizar a vedação do retrocesso social como fundamentação. Esta decisão declarou a inconstitucionalidade de lei que revogava parte do Serviço Nacional de Saúde, e teve como relator o ministro Vital Moreira. Acórdão bastante citado que trata do assunto é o de número 509/02, do relator Cons. Luís Nunes de Almeida, que declarou a inconstitucionalidade de lei que visava retirar dos jovens de 18 a 25 anos o direito a receber o rendimento social de inserção (RSI). Neste caso, o tribunal manifestou-se no sentido de que o princípio da proibição do retrocesso atuará somente em casos limites, e fundamentou a sua decisão no princípio do mínimo existencial. Com esta jurisprudência, nota-se uma mudança de argumentação, onde se dá prioridade à fundamentação com base em um dos corolários da dignidade da pessoa humana.

O princípio da Vedação de Retrocesso Social, que é um princípio fortemente atrelado aos direitos fundamentais (na sua manutenção), estabelece que o legislador deve criar leis sempre em um caráter de progresso, isto é, visando ao progresso social, não devendo elaborar leis que retrocedam as “conquistas fundamentais” já concretizadas (FILHO; ALVES, 2017), ou mesmo reduzir ou abolir direitos sociais já concretizados em razão do princípio da segurança jurídica (SARLET, 2009).

No mesmo sentido, sustenta CANOTILHO (2003, p. 474-475) que após a sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem a condição direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de modo que não se encontram mais na esfera da disponibilidade do legislador, ou seja, os direitos adquiridos não mais podem ser suprimidos ou reduzidos, sob flagrante infração ao princípio da confiança, implicando a inconstitucionalidade de todas as medidas que venham colocar em risco ou ameaçar o padrão de prestações já alcançadas (CANOTILHO, 2003, p. 474-475).

4 | A PREVISÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL EM TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS

O princípio da vedação de retrocesso social, embora previsto de forma implícita em nosso texto constitucional, faz parte de um verdadeiro bloco de constitucionalidade, estando previsto em várias convenções e protocolo de direitos incorporados em nosso ordenamento jurídico.

Note-se que o princípio da vedação de retrocesso social encontra-se presente de forma explícita na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, a qual nosso país aderiu em 1992, dispondo no seu artigo 26 e 29 sobre a cláusula do Princípio da Irreversibilidade dos Direitos Sociais.

No artigo 26 da Convenção, ao dispor sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, é previsto a obrigatoriedade por parte do Estado do desenvolvimento progressivo, nos seguintes termos:

ARTIGO 26 - Desenvolvimento Progressivo - Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providência, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Já o artigo 29, que é um dispositivo de interpretação da própria Convenção, é estabelecida a impossibilidade de supressão ou de limitação do gozo de direitos, liberdades e garantias reconhecidas na Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo disposto da seguinte forma:

ARTIGO 29 - Normas de Interpretação - Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que

possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

No Protocolo de São Salvador concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999 e que constitui um Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, é estabelecido em seu artigo 1º a obrigatoriedade dos Estados signatários de adotarem medidas progressivas de acordo com a legislação interna de cada país afim de que se alcance a plena efetividade dos direitos reconhecidos no Protocolo.

Artigo 1 – Obrigação de Adotar Medidas - Os Estados-Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, começou a ser executado e cumprido em nosso país por meio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

No artigo 2º, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, é prevista a obrigatoriedade de progressão dos direitos econômicos, sociais e culturais, sendo vedada a sua regressão, nos seguintes termos:

ARTIGO 2º - 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. 2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. 3. Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais.

Como visto, embora seja considerado um princípio implícito nos textos constitucionais, pois decorre da junção e interpretação conjunta com outros princípios constitucionais, como do princípio da confiança legítima, da segurança jurídica, dignidade da pessoa humana, dos direitos adquiridos, o princípio da vedação de

retrocesso social encontra-se previsto de forma explícita no sistema internacional de proteção de direitos humanos, sendo vedada sua eliminação, supressão ou diminuição.

5 | A PREVISÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

Em nosso país o debate doutrinário e a aplicação judicial do princípio da vedação de retrocesso social pode ser considerado relativamente recente (DERBLI, 2007, p. 186), e, somente no ano de 2000 houve sua discussão no julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

O tema foi objeto de pronunciamento pelo STF pela primeira vez em voto vencido no julgamento da ADIn nº. 2.065-DF, do relator Ministro Sepúlveda Pertence (DERBLI, 2007, p. 186) em 17 de fevereiro de 2000. Em seu voto na ADIn nº. 2.065-DF, sustentou o Relator:

Certo, quando, já vigente à Constituição, se editou lei integrativa necessária a plenitude da eficácia, pode subseqüentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa do preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; mas não pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional.

Para alguns autores o princípio da proibição do retrocesso social seria um princípio implícito presente na Constituição Federal (BRAZ, 2016, p. 81), decorrente dos argumentos presente no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; do Princípio do Estado Democrático e Social de Direito, que por sua vez impõe o mínimo de segurança jurídica para permitir a continuidade da ordem jurídica e a segurança contra medidas retroativas; o Princípio da máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais; o Princípio da proteção da confiança, o qual impõe ao Poder Público o respeito à confiança depositada no Estado para garantir a continuidade da ordem jurídica (SILVA, 2002; SARLET, 2007; BARROSO, 2001; DERBLI, 2007).

Nesse sentido, aponta (BARROSO) que o princípio da vedação do retrocesso social se fundamentaria no sistema jurídico implicitamente da seguinte forma:

i) do princípio do Estado Democrático e Social de Direito; ii) do princípio da dignidade da pessoa humana; iii) do postulado da segurança jurídica (proteção da confiança dos cidadãos); iv) da cláusula pétrea que protegem as normas que definem direitos e garantias fundamentais (art. 60, § 4º, inciso IV, CF/88); v) do instituto do direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI, CF/88).

Da mesma forma SARLET (2012, p. 25-26) leciona que o princípio da proibição

do retrocesso social, implícito no sistema constitucional pátrio, possui matriz no próprio sistema constitucional estabelecido pela Constituição Federal de 1988, no seguinte sentido:

a) O princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral; b) O princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar; c) No princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais contido no artigo 5º, parágrafo 1º, e que abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. d) As manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo (na qual se enquadra a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que, de resto, encontra fundamento direto no artigo 5º, *caput*, da nossa Lei Fundamental e no princípio do Estado social e democrático de Direito.

Segundo BRAZ (2016, p. 81), apenas MIOZZO (2010) sustenta a apresentação do princípio de forma expressa na Constituição em seu art. 3º, II, que estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, entre outros, a garantia ao desenvolvimento nacional.

A finalidade do princípio foi debatida e exposta de forma bem clara no Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello, segundo o qual:

O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. (ARE 639337 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

Pode-se observar que o princípio da vedação de retrocesso social encontra-se consolidado na doutrina, na jurisprudência, nas Convenções e Protocolos de Direitos Humanos, Econômicos e Sociais ratificados e promulgados no Brasil, embora previsto de forma implícita em nosso texto constitucional, conforme já destacado.

Todavia, importante é a observação de SARLET (2008, p. 15) afirmando que na doutrina, na jurisprudência nacional e estrangeira, constata-se de modo geral, uma postura amistosa relativamente ao princípio da proibição de um retrocesso social, muito embora não se possa afirmar que a existência de um consenso a respeito desta problemática.

6 | A FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/2016

A nova metodologia de cálculo de gasto mínimo em saúde e educação, imposta pela PEC-55, agora EC nº 95/2016 que foi publicada em 15 dezembro de 2016 que estabeleceu o congelamento por 20 anos dos investimentos diretos da União Federal para as políticas públicas de saúde, viola frontalmente o princípio da vedação de retrocesso social.

A EC nº 95/2016 (PEC 55), segundo PIRES (2016, p. 3) limitou o crescimento do gasto primário à inflação do ano anterior e o referido limite vale por 20 anos, sendo que a partir do décimo ano a regra pode ser revista por lei mediante iniciativa do Poder Executivo.

Analisando o cenário internacional, PIRES (2016, p. 11) aponta que dentre os países por ele analisados em seu estudo, apenas o Japão adotou uma regra semelhante à PEC 55, em que o gasto nominal não excederia o nível do ano anterior.

Todavia, é salientado por PIRES (2016, p. 11) que o Japão não apresenta crescimento populacional e atravessa um período de deflação e, desta forma o gasto *per capita* deverá se manter constante ou mesmo subir, apontando ainda que segundo as estimativas do Fundo Monetário Internacional (FMI), de 2008 até 2016 a inflação acumulada no Japão foi de apenas 1,3% e a população apresentou uma ligeira queda (PIRES, 2016, p. 11).

Em nosso país, por sua vez, com o aumento da expectativa de vida e envelhecimento da população a tendência é de gastos maiores com a saúde, ou seja, necessidade de maiores investimentos, o que vai de encontro com o congelamento dos gastos e investimentos.

Na Nota Técnica de nº 28 apresentada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) foi devidamente explicada a questão do que era importante saber em relação ao financiamento público em saúde no Brasil e o que era desconsiderado pela então PEC 241 ou PEC/55, que foi aprovada pelo Congresso Nacional e se transformou na EC 95/2016.

De acordo com a Nota Técnica de nº 28 do IPEA¹ antes que ocorresse a

1. Para aprofundamento da compreensão do tema recomenda-se a leitura na íntegra da Nota Técnica n. 28 do IPEA que teve por objetivo a análise de algumas implicações para o financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS)

aprovação da PEC 241 ou PEC/55 pelo Congresso Nacional deveria ser observado inúmeros aspectos, tais como:

(a) *O gasto federal com ações e serviços públicos de saúde (ASPS) está estável em relação ao PIB:* segundo a Nota Técnica o gasto do governo federal com ASPS como participação do PIB estava estável desde o início da vigência da EC 29, em 2000, com variação de 1,66% em 2002 a 1,69% em 2015, conforme dados do Ministério da Saúde em 2016. Aponta a Nota Técnica que esta estabilidade foi consequência da regra de vinculação de recursos para a saúde da EC 29, e da não aplicação de recursos pela União além do mínimo obrigatório e que nesse sentido o gasto público federal com saúde não ampliou sua participação no PIB (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p.16-25).

(b) *que a participação das despesas com ASPS nas despesas primárias caiu entre 2002 e 2015:* Aponta que desde o ano de 2002 não houve aumento da participação das despesas com ASPS nas despesas primárias da União, sendo que foi observada queda da participação. De acordo com a Nota Técnica a exposição de motivos nº 83/2016, referente à PEC 241, apontava (parágrafo 4) que “A raiz do problema fiscal do Governo Federal está no crescimento acelerado da despesa pública primária”. Todavia, a despesa com ASPS, no período analisado reduziu sua participação na despesa primária do governo federal, de forma acentuada a partir do ano de 2013 (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p.16-25).

(c) *que o gasto público com saúde no Brasil é muito baixo:* De acordo com a Nota Técnica o gasto público *per capita* com saúde do Brasil é um dos mais baixos entre países que possuem sistema universal de saúde e mesmo quando comparado ao de países vizinhos nos quais o direito à saúde não é um dever do Estado. O gasto público *per capita* do Brasil é de 4 a 7 vezes menor do que o de países que têm sistema universal de saúde, tais como o Reino Unido e a França, e mesmo inferior ao de países da América do Sul nos quais o direito à saúde não é universal (Argentina e Chile) (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p.16-25).

(d) *que o congelamento parte de um patamar baixo, em decorrência da*

e para a garantia do direito à saúde caso o Novo Regime Fiscal, apresentado por meio da Proposta de Emenda à Constituição nº 241/2016 (PEC 241), fosse aprovado pelo Congresso Nacional (que realmente foi aprovada e agora é a EC nº 95/2016, publicada em 15 dezembro de 2016). Na NOTA TÉCNICA é explicado como foi a proposição e discutem-se os impactos do congelamento do piso do gasto federal com saúde para o financiamento do sistema, quais sejam: a) desvinculação das despesas com ações e serviços públicos de saúde (ASPS) da receita corrente líquida; b) perda de recursos em relação às regras de vinculação das Emendas Constitucionais nº 29 e nº 86; c) redução do gasto público *per capita* com saúde; d) desobrigação dos governos de alocarem mais recursos em saúde em contextos de crescimento econômico; e) provável aumento das iniquidades no acesso a bens e serviços de saúde; e f) dificuldades para a efetivação do direito à saúde no Brasil. Por fim, são elencadas particularidades do financiamento público da saúde que não foram consideradas na Proposta de Emenda Constitucional, com o objetivo de contribuir para o debate. VIEIRA, Fabiola Sulino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. **Nota Técnica - 2016 - setembro - Número 28 – Disoc - Os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil.** Disponível em http://www.ipea.gov.br/portals/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160920_nt_28_disoc.pdf, acesso em 20 de jan. de 2020.

mudança de regra para a EC 86: O congelamento do gasto público com saúde em valores equivalentes ao limite mínimo de 2016 parte de um patamar muito baixo. Com a mudança da regra de aplicação de recursos pela União da EC 29 em 2015 para a EC 86 em 2016, e com a queda da arrecadação, a previsão é de perda importante de recursos (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p.16-25).

(e) que estados e municípios não terão como absorver a redução no financiamento federal: O congelamento do gasto federal com saúde provocará grandes dificuldades para o financiamento do SUS, pois estados e municípios não conseguirão absorver o impacto da perda de recursos (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p.16-25).

(f) que a população de idosos no Brasil dobrará em vinte anos e que a necessidade de financiamento dos serviços aumentará: O Brasil passa por um rápido processo de mudança na estrutura demográfica, em decorrência do aumento da expectativa de vida e da queda da taxa de natalidade. As projeções do IBGE para a estrutura etária indicam que a população brasileira com 60 anos ou mais, que hoje representa cerca de 12,1% do total, em 2036 representará 21,5%. Em termos absolutos, em 2036, a população com 60 anos ou mais representará praticamente o dobro da atual (+96%), passando de 24,9 milhões para 48,9 milhões de habitantes, e a população com 80 anos ou mais aumentará em mais de 150%, passando de 3,5 milhões para 8,8 milhões, o que pressionará o gasto público com saúde (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p.16-25).

(g) que o gasto com saúde tem efeito multiplicador para o PIB: O complexo econômico do setor saúde constitui-se num espaço relevante de inovação e acumulação de capital, além de gerador de renda e emprego, sendo um importante fator para o desenvolvimento econômico. No Brasil, o valor adicionado bruto das atividades de saúde foi responsável por 6,5% do PIB em 2013. No mesmo ano, a atividade de saúde pública teve participação de 2,3% do PIB (Brasil, 2015b). Neste contexto, o gasto público com saúde se coloca como um importante propulsor do crescimento econômico (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p.16-25).

(h) que a redução do gasto per capita com saúde em um contexto de recessão econômica pode ter impacto muito negativo para a saúde da população e para a economia: Evidências produzidas a partir da literatura científica demonstram que as crises econômicas podem agravar os problemas sociais e aumentar as desigualdades, podendo piorar a situação de saúde da população. Além disso, as medidas de austeridade fiscal que estabelecem a redução do gasto com programas de proteção social agravam os efeitos da crise sobre a situação de saúde em particular, e as condições sociais de forma mais geral, sendo que a preservação dos programas de proteção social é medida importante para proteção da saúde da população e para a retomada do crescimento econômico em prazo mais curto

7 | DA PROPOSITURA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE Nº 5658 EM RAZÃO DA SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DA EC Nº 95/2016

Diante da flagrante inconstitucionalidade da EC nº 95/2016, que representa um grave retrocesso social, foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº. 5658 (ADI 5658) junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), com entrada em 15/02/2017, a qual encontra-se em tramitação para julgamento final, com despacho em 27/10/2017 (DJE nº 250, divulgado em 30/10/2017), no qual foi deferido admissão no processo na qualidade de *amicus curiae*, (i) o Sindicato de Especialistas de Educação do Ensino Público Municipal (petição nº 45101/2017) e (ii) o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (petição nº 61399/2017), bem como a apresentação de informações, memoriais e sustentação oral por ocasião do julgamento definitivo do mérito da ADI.

Desta forma, mudanças contextuais podem exigir modificações na garantia de direitos, mas não devem representar retrocesso social. O debate acerca da possibilidade da supressão ou redução de direitos sociais já consagrados deve ser analisado à luz do princípio da vedação de retrocesso social.

8 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da proibição de retrocesso social surgiu diante da necessidade da garantia e preservação de direitos fundamentais, estabelecendo a proibição da diminuição, supressão ou limitação de direitos prestacionais sociais já garantidos na Constituição e na legislação infraconstitucional.

Encontra-se consolidado implicitamente na Constituição Federal de 1988, nas próprias diretrizes que formam nosso sistema constitucional, como nos princípios da confiança, da segurança jurídica, do respeito aos direitos adquiridos, da máxima efetividade dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, entre outros, na legislação infraconstitucional, Convenções e Protocolos de Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais ratificados e incorporados em nosso ordenamento jurídico bem como na doutrina e jurisprudência.

Verifica-se que a nova metodologia de cálculo de gasto mínimo em saúde e educação, imposta pela PEC-55 - agora EC95/2016 -, impede que a aplicação mínima em referidas áreas seja realizada de forma proporcional e progressiva, observando os níveis de arrecadação e o restabelecimento da economia, o que

representa retrocesso social.

A limitação num teto financeiro para o gasto público nos próximos vinte anos, sem critérios essenciais e justificadores significa afronta ao Princípio da vedação de retrocesso social comprometendo as políticas públicas fundamentais na área da saúde, cabendo ao Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do mérito da ADI nº 5658, declarar a inconstitucionalidade da EC nº 95/2016, tendo como norte de entendimento a aplicação do princípio da vedação de retrocesso social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidade da Constituição Brasileira**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm, acesso em 10 de jan. de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm, acesso em 10 de jan. de 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm, acesso em 20 de abr. de 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm, acesso em 20 de jan. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade - 5658**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5658&processo=5658>, acesso em 28 de mar. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 2065-0 DF**. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375320>, acesso em 28 de mar. de 2019.

BRAZ, Kalini Vasconcelos. A aplicabilidade do Princípio da Proibição do Retrocesso Social como meio de garantia constitucional ao direito à saúde. **Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit.**, Brasília, 5(1):78-101, jan./mar, 2016.

BÜHRING, Marcia Andrea. Direito Social: proibição de retrocesso e dever de progressão. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 41, n. 1, p. 56-73, jan.-jun. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FILHO, José Wilson Reis; ALVES, Fernando de Brito. **Princípio da Vedação do Retrocesso Social: uma Interpretação Ampliada**. Disponível <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5e6eda66654df2e1>, acesso em 31 de nov. de 2019.

GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Companhia de Letras, 1988.

MIOZZO, Pablo Castro. **A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil: uma análise hermenêutica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

PIRES, Manoel Carlos de Castro. Nota Técnica Análise da PEC 55. **Carta de Conjuntura, 33, 4º trimestre de 2016 - IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7342/2/cc33_nt_pec_55.pdf, acesso em 20 de jan. De 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latino-americano. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 21 – março/abril/maio 2012. Salvador. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>, acesso em 20 de jan. de 2020.

_____. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Bahia, número 15, setembro/outubro/novembro 2008.

VIEIRA, Fabiola Sulino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. **Nota Técnica - 2016 - setembro - Número 28 – Disoc - Os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160920_nt_28_disoc.pdf, acesso em 20 de jan. de 2020.

A CONSAGRAÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO COMO DILEMA ATUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Data de aceite: 23/03/2020

Data de submissão: 02/01/2020

Milena Thaís Kerkhoff Utzig

Universidade Estadual do Oeste do Paraná,
Marechal Cândido Rondon – Paraná. Currículo
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8293231041915501>.

RESUMO: Os direitos fundamentais estão positivados na Constituição Federal de 1988 sob o Capítulo I inserido no Título II. Entretanto, não basta que os direitos fundamentais constem no texto constitucional, se faz imperativo que eles sejam efetivamente assegurados no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, os transexuais, cuja identidade de gênero não condiz com o sexo biológico, são capazes de direitos fundamentais referentes à personalidade que não lhe são devidamente resguardados. A utilização do método dedutivo, por meio da análise monográfica, legislativa e doutrinária, permite concluir que o Poder Judiciário ao fazer o papel do Poder Legislativo, o qual se mantém inerte nessa questão, possibilita a consagração da identidade de gênero e demais direitos dos transexuais no ordenamento jurídico por meio da jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Identidade de gênero.

Transexual. Direitos fundamentais. Poder Judiciário.

THE CONSOLIDATION OF GENDER IDENTITY IN THE LEGAL ORDER AS A CURRENT DILEMMA OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT: The fundamental rights are affirmed in the Federal Constitution of 1988, under the Chapter I inside the Title II. However, it is not enough to have the fundamental rights just in the constitutional text, it is imperative to have them effectively ensured in the Brazilian legal order. In such a context, the transsexual, whose gender identity does not follow the biological sex, are capable of fundamental rights related to the personality that are not appropriately ensured. Through the analyses of biographies, laws and doctrine, by using the deductive method, it is allowed to conclude that the Judiciary Branch when takes on the role of the Legislative Branch, which keeps an inert position on this matter, enables the gender identity and other transsexual rights consolidation in legal order through the jurisprudence.

KEYWORDS: Gender identity. Transsexual. Fundamental rights. Judiciary Branch.

1 | INTRODUÇÃO

Um dos principais instrumentos para a consolidação do Estado Democrático de Direito é a Constituição Federal de 1988, a qual resguarda os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Entretanto, a mera titulação dos direitos fundamentais na Carta Magna não basta para que haja o devido reconhecimento social de tais direitos. Esse é o caso dos direitos personalíssimos dos transexuais, advindos da sua identidade de gênero diversa do sexo biológico.

É nesse sentido que o tema estudado se revela pontual, a medida em que há apenas duas passagens na legislação federal que tratam da identidade de gênero, observada a Lei Maria da Penha e o Estatuto da Juventude. Sendo assim, percebe-se que a sociedade como um todo não está preparada para considerar a identidade de gênero como um direito da personalidade, muito menos quando se está diante da inércia legislativa.

Para tanto, busca-se observar em que medida as contribuições jurisprudenciais são essenciais na interpretação da Constituição e consequente aplicação dos direitos personalíssimos dos transexuais.

2 | DA DISTINÇÃO ENTRE SEXO E IDENTIDADE DE GÊNERO

O uso das expressões como sexo, orientação sexual e identidade de gênero, em um contexto geral, infelizmente, ainda causa, na contemporaneidade, arrepios e é alvo de desconhecimento por parte de muitos brasileiros.

Não é em vão que Leandro Reinaldo da Cunha (2015, p. 21) aduz que na atualidade a palavra sexo apresenta percepções distintas que designam desde o ato sexual em si, passando pela configuração anatômica do indivíduo e, por fim, toca a ideia do gênero ao distinguir a pessoa como integrante do grupo dos homens ou das mulheres, sendo que na verdade pertenceriam ao gênero masculino ou feminino.

Infere-se, portanto, que a palavra sexo se tornou muito abrangente no cotidiano brasileiro, haja vista que vem sendo usada como sinônimo de gênero em documentos de identificação pessoal, igualmente em fichas, requisições, cadastros e demais documentos que são preenchidos corriqueiramente, como bem lembra Cunha (2015, p. 21).

Nesse sentido, a fim de evitar o uso errôneo da palavra sexo, importante se faz buscar a sua definição, que, por sua vez, não se confunde com sexualidade. Nas palavras de Adriana Caldas do Rego Freitas Debus Maluf (2015, p.313), tem-se que

Ao sexo correspondem as conotações anatômicas, fisiológicas ou genéticas

distintas do homem e da mulher, e, por sexualidade entendem-se as manifestações do instinto sexual inerentes ao ser, que se encontram inseridas ou mesmo reguladas por um conjunto de normas de ordem social, jurídica ou religiosa.

A partir da definição trazida por Adriana Caldas do Rego F. D. Maluf, o uso correto da palavra sexo se dá no contexto de especificação da anatomia, fisiologia ou genética que são distintas no homem e na mulher. Nessa lógica, a nobre doutrinadora aponta também para as diferentes formas de identificação do sexo dos indivíduos, quais sejam:

O sexo morfológico, pelo exame dos órgãos genitais e das gônadas (acusando a presença de ovários na mulher e dos testículos no homem), ressalta feita aos casos de intersexualidade, o sexo cromossômico ou genético, pela análise dos cromossomos (conformação XX na mulher ou XY no homem); o sexo nuclear estabelecido pelo exame de cromatina sexual (o sexo cromatínico aponta para características feminizantes, ausentes nos cromossomos masculinos, o corpúsculo de Baar); o sexo psicológico ou social, definido pelo comportamento; o sexo jurídico, que se estabelece em face das relações assumidas na vida jurídica; o sexo hormonal, que se apresenta em face dos hormônios circulantes provenientes das glândulas sexuais, que por sua vez indicam todos os caracteres morfológicos do homem e da mulher. Considera-se na literatura especializada o sexo hormonal como sendo o verdadeiro sexo, uma vez que os hormônios sexuais condicionam a evolução dos caracteres sexuais somáticos, funcionais ou psíquicos [sic] (MALUF, 2015, p. 311).

Apesar de haver várias formas de se verificar o sexo do indivíduo, Aracy Klabin assevera que qualquer um desses critérios para determinação do sexo, se utilizado de maneira isolada, será impreciso, vez que

Qualquer desses critérios utilizados isoladamente, pode falhar para a determinação do sexo do indivíduo apontando que o teste cromossômico é falho se aplicado aos portadores da síndrome de Klinefelter; o padrão gonadal é falho para o intersexual; o indicador hormonal pode variar em razão da administração de determinadas drogas ou pela castração; o sexo genital pode ser comprometido por anomalias na genitália; o sexo de criação é importante para o pseudo-hermafrodita, mas falha com relação aos transexuais. Assim, conclui que o sexo psicológico deveria ter relevante importância na fixação do sexo do indivíduo (KLABIN, 1977 apud MALUF, 2015, p. 312).

Faz-se mister destacar que considerar o sexo psicológico do indivíduo, mais do que nunca, é de suma importância quando se está diante de uma realidade de enfrentamento social pelo (re)conhecimento da identidade de gênero e da orientação sexual (entre outros) como direitos da personalidade.

Nesse contexto, retomando a separação dos indivíduos entre homens e mulheres, o que não se faz tão simples quanto aparenta, há de se considerar o gênero, que na concepção de Adriana Maluf é um conceito subjetivo ligado ao papel social desempenhado pelo indivíduo mais do que por suas características biológicas, fato pelo qual a identidade de gênero representa a vivência social do indivíduo (2015, p. 301).

Complementando a visão de Adriana Maluf, o terapeuta João Batista Pedrosa

contextualiza a identidade de gênero como a convicção íntima do indivíduo em pertencer ao gênero masculino ou ao gênero feminino (PEDROSA, 2009 apud VIEIRA, 2014, p. 541).

Nessa seara, todos os seres humanos possuem uma identidade de gênero, sem exceção. Ocorre que, seguindo a linha de pensamento de Tereza Rodrigues Vieira (2017, p. 393), aqueles que possuem uma identidade de gênero compatível com o seu sexo biológico são chamados de cisgênero, caso contrário, a pessoa será um transgênero, porque o seu sexo biológico será oposto ao gênero com o qual se identifica.

E para os leigos no assunto, a identidade de gênero não se confunde com orientação sexual, visto que orientação sexual, diferentemente do que explanado acima, corresponde à forma como o indivíduo vive a sua sexualidade, podendo ser: heterossexual, homossexual, bissexual ou assexual (MALUF, 2015, p. 301).

Superados os conceitos aqui trazidos, para os operadores do Direito é válido ressaltar que o sexo jurídico – pactuando-se do raciocínio de Leandro Reinaldo da Cunha (2015, p. 25) - segue a tendência de corresponder ao sexo anatômico, pois esta é a modalidade de aferição mais primária que existe, percebida no indivíduo desde o seu nascimento, salvo os casos de intersexualidade.

Isto posto, resta evidente a crescente demanda judicial para que o sexo jurídico seja condizente com o sexo psicológico do indivíduo, notadamente aquele decorrente da sua identidade de gênero.

3 | NOÇÕES ACERCA DO TRANSGENERISMO E DO TRANSEXUALISMO

Há três grupos de pessoas para os quais o reconhecimento e respeito de sua identidade de gênero é uma luta diária. Estamos falando dos travestis, transgêneros e transexuais.

Acredita-se ser fácil reconhecer um travesti na rua e fazer-lhe apontamentos. Entretanto, essa é uma questão mais complexa do que aparentemente se observa.

A maioria das pessoas, por vezes, pensa que somente o homem que se veste de mulher é travesti. Porém, tem-se que o travesti pode ser tanto um homem quanto uma mulher que não se identifica com o seu gênero biológico (HÁ..., 2017, online).

Muito mais além, os psicólogos expõem que o travesti não se sente completamente pertencente a nenhum dos sexos, seja o masculino ou o feminino, e, por essa razão, se proclamam com um terceiro gênero (HÁ..., 2017, online).

Ao passo que, na prática, é mais simples perceber e entender como se comporta o travesti na sociedade, fazendo-se primaz esclarecer em que medida os transgêneros se diferenciam dos transexuais.

A identidade de gênero, como já exposto no capítulo anterior, é a condição

de pertencimento do indivíduo ao gênero masculino ou ao gênero feminino, independentemente do seu sexo biológico. Tal condição é válida tanto para o transgênero quanto para o transexual.

Nesse ponto, poderia surgir o seguinte questionamento: em que se difere o transgênero e o transexual?

Há uma diferença fundamental quando se trata desses dois grupos de pessoas, a qual reside na vontade de realização da cirurgia de transgenitalização.

Dessa forma, Kamila Moura explica que o transgênero “quer poder se expressar como o sexo oposto (usando roupas, por exemplo), mas não tem necessidade de modificar sua anatomia”. Enquanto que, ainda nas palavras da psicóloga, o transexual “sente que a sua anatomia não corresponde a sua identidade e tem um forte desejo de modificar o corpo, por meio da terapia hormonal e cirurgia de redesignação sexual” (MOURA, 2017, online).

Nesse mesmo sentido, a ilustre especialista em Sexualidade Humana, Tereza Rodrigues Vieira defende que “a transexualidade é caracterizada por um forte conflito entre o corpo e identidade de gênero e compreende um arraigado desejo de adequar o corpo hormonal e/ou cirurgicamente àquele do gênero almejado” (2014, p. 541).

A partir do entendimento de que o conflito de identidade de gênero é mais intenso para o transexual do que para o transgênero, justo porque aquele sente a necessidade de realizar a cirurgia de transgenitalização, tenta-se compreender os motivos do transexualismo.

Abordando levemente o assunto, Maria Helena Diniz (2017, p. 390) enfatiza que “o transexual apresenta uma anomalia surgida no desenvolvimento da estrutura nervosa central por ocasião de seu estado embrionário, que contudo, não altera suas atividades intelectuais [...]”.

O transexualismo, apesar da explicação de Maria Helena de Diniz, até o momento, é classificado internacionalmente como uma doença mental, de acordo com a Classificação Internacional de Doenças (CID-10).

A Classificação Internacional de Doenças (CID-10), publicada pela Organização Mundial da Saúde, classifica sob o código F64 os transtornos da identidade sexual e sob o código F64.0 está o transexualismo.

Seguindo esta diretriz, o Conselho Federal de Medicina, na Resolução CFM n. 1.955/2010, atualmente em vigência no país, considera “o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio”.

Entretanto, apesar de estar classificado como transtorno mental, a França retirou a transexualidade da lista das doenças mentais (VIEIRA, 2017, p. 396-397).

Considerado ou não um transtorno mental, não cabe aqui ser aprofundada tal

questão. Considerando-se a CID-10, Kamila Moura afirma que para ser considerado um transexual, a pessoa deve ser diagnosticada em relação a pelo menos três fatores indispensáveis, quais sejam:

O desejo de viver e ser aceita como uma pessoa do sexo oposto, optando pela transição através da terapia de reposição hormonal e cirurgia; este desejo deve ser persistente e acompanha a pessoa à, pelo menos, dois anos; condição que a Transexualidade não seja sintoma de algum transtorno mental prévio (MOURA, 2017, online).

Visto todo o panorama em que se insere o transexual, compartilha-se da opinião de Tereza Rodrigues Vieira (2014, p. 542), segundo a qual o transexual necessita de um reajuste social, que envolva atividades laborais, esportivas e de entretenimento social.

Sendo que, neste aspecto, depende-se muito mais da aceitação do transexual pela sociedade como um todo do que por ele mesmo.

4 | A IDENTIDADE DE GÊNERO COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Inicialmente, quando se trata dos direitos fundamentais e suas correlações se faz necessário analisar a organização da Constituição Federal de 1988, conhecida por Constituição Cidadã, a qual está em vigência no ordenamento jurídico brasileiro.

Logo de início, tem-se como fundamento do Estado Democrático de Direito constituído pela República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, descrita no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

O nobre doutrinador e jurista brasileiro, Ingo Wolfgang Sarlet, ressalta que a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida nas Constituições ao longo do século XX, após ter sido consagrada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (2015, p.74).

Nessa seara, a Declaração Universal dos Direitos Humanos explicita, de imediato, na redação do artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Seguindo a diretriz internacional, a Constituição brasileira não poderia deixar de consagrar a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico-constitucional fundamental, sendo este considerado como tradição dominante no pensamento jurídico constitucional brasileiro (SARLET, 2015, p. 79-80).

Mais adiante, já no artigo 3º, inciso IV, a Constituição Federal tem por objetivo fundamental “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A seu turno, os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros estão assegurados no Título II, Capítulo I, do Texto Maior, cujo artigo 5º, *caput*, 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”.

Outro diploma legal de intrínseca importância ao assegurar direitos aos brasileiros é o Código Civil, o qual sendo espelho da Carta Magna e estabelecendo o diálogo entre as fontes, estabelece os direitos da personalidade consoante o Capítulo II, artigos 11 a 21, os quais por serem inerentes ao indivíduo são intransmissíveis e irrenunciáveis.

Sendo assim, na perspectiva Civil-Constitucional, o ilustre doutrinador Flávio Tartuce, leciona que a proteção da dignidade humana constitui o principal fundamento da personalização do Direito Civil, bem como a sua tutela representa a proteção da liberdade e dos direitos subjetivos na ordem privada (2016, p. 60).

Partilhando da visão de Flávio Tartuce, Ingo Wolfgang Sarlet na sua obra intitulada “Dignidade (da Pessoa) Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, revela que “a relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade é particularmente significativa” (2015, p. 129).

Nessa mesma obra, Sarlet traduz a realidade brasileira ao ponderar que “a nossa Constituição pode ser considerada como sendo uma Constituição da pessoa humana, por excelência, ainda que não raras vezes este dado venha a ser virtualmente desconsiderado” (2015, p. 96).

Não se pode negar que texto da Carta Magna apresenta todos os mecanismos para a efetiva proteção dos direitos fundamentais do homem, sendo que o qualitativo “fundamentais” indica o tratamento de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, como bem revela o constitucionalista José Afonso da Silva (2005, p. 178).

Entretanto, na prática, a realidade não se mostra tão bonita e estruturada quanto a Constituição de 1988, visto que o transexual não é totalmente aceito e inserido na sociedade, pois ao

Vislumbrar no transexual uma pessoa incapaz de decidir sobre a própria sexualidade somente porque não faz parte do grupo hegemônico de pessoas para as quais a genitália corresponde à exteriorização do gênero vai frontalmente contra o princípio da dignidade humana (OPPERMANN; ZENEVICH, 2014, p. 593).

Partindo dessa observação, é evidente que apesar da Constituição Brasileira ter sido proclamada há aproximadamente 30 anos e assegurar todos os direitos específicos e inerentes aos cidadãos, eles ainda não estão preparados para as mudanças que estão ocorrendo em termos de gênero que fazem a simples

separação dos indivíduos de acordo com o binômio masculino/feminino algo muito mais complexo.

Nesse sentido, Marta Cauduro Oppermann e Letícia Zenevich (2014, p. 591) esclarecem com maestria que a identidade de gênero escolhida pelo transexual é um direito, pois que

Quando se nega a expressão de gênero de um transexual, está-se ferindo o direito à dignidade da pessoa humana (CF/1988, art. 1º, IV) e o direito à intimidade (CF/1988, art. 5º, X). Também deixa-se de assegurar a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF/1988, art. 3º, IV), bem como o direito à saúde (CF/1988, art. 6º) – responsabilidade do próprio Estado.

Sobretudo, não há motivos para desconsiderar a identidade de gênero como direito fundamental e, portanto, personalíssimo, mesmo que implícito nos diplomas legais, à medida que

Os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo. O que se busca proteger com tais direitos são os atributos específicos da personalidade, sendo esta a qualidade do ente considerado pessoa. Em síntese, pode-se afirmar que os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade (TARTUCE, 2016, p. 99).

Analisando o exposto, percebe-se que não só o cidadão comum ignora ou nega a expressão de gênero com o qual o transexual se identifica, traduzindo-se na sua identidade comportamental, mas o próprio Estado não está preparado para admitir o transexual como pessoa capaz de direito, frente à lacuna existente no ordenamento jurídico atual.

5 | A CONSAGRAÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO DILEMA ATUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como tônica deste estudo, a identidade de gênero é um direito da personalidade, fato que a faz ser um direito fundamental, pois que situada na esfera do direito à vida e outros, conforme ressalta Adriana Caldas do Rego Freitas Debus Maluf,

Com profundos desdobramentos no campo do direito, a questão envolvendo o transexual permeia os direitos da personalidade, uma vez que situa-se na esfera do direito à vida, notadamente no que tange à felicidade pessoal – fim precípua do Estado; o direito à identidade de gênero; à intimidade; à livre expressão sexual; à integridade física e psíquica; ao recato; o direito à privacidade entre tantos outros que visem possibilitar a plena inserção do indivíduo na sociedade (MALUF, 2015, p. 310).

Nesse aspecto, a proteção constitucional do transexual é evidente, entretanto, a legislação federal se mostra limitada quando o assunto é positivizar os direitos a eles concernentes no ordenamento jurídico.

Prova disso é a constatação de Maria Berenice Dias no sentido de elencar

que as referências à identidade de gênero são apenas duas na legislação federal, sendo que

Uma é feita pela lei 11.340/2006, a chamada Lei Maria da Penha, que visa coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher. Em duas outras oportunidades, ressalta que a lei tem aplicação independentemente de orientação sexual da vítima. A outra previsão se encontra no Estatuto da Juventude que, ao tratar de direito à diversidade e à igualdade, assegura a todo jovem o direito de não ser discriminado por motivo de orientação sexual. Também impõe ao poder público a inclusão do tema da orientação sexual e de gênero na formação dos profissionais da educação, da saúde, da segurança pública e dos operadores do Direito (DIAS, 2014, p. 259).

Essas são referências contidas na Lei Maria da Penha, que data de 07 de agosto de 2006, e no Estatuto da Juventude, de 05 de agosto de 2013. Pode-se notar que esses são diplomas legais recentes no ordenamento jurídico brasileiro a tratar da questão da identidade de gênero quando levado em consideração que o assunto já é conhecido no país pelo menos a partir da década de 90.

Porque dizer que a questão da identidade de gênero e do transexual é conhecida pelo menos desde a década de 1990? O fato é que o Conselho Federal de Medicina passou a permitir a realização da cirurgia de transgenitação a partir do ano de 1997, quando da Res. CFM n. 1.482/97.

Adriana Maluf aponta que antes de setembro de 1997, “a cirurgia e demais procedimentos eram considerados medidas não éticas e passíveis de punição pelo Conselho de Medicina e também pelo Poder Judiciário” (2015, p. 314).

No tocante à cirurgia de transgenitalização, a qual é fundamental para o transexual e vista por ele como uma necessidade, tal cirurgia passou a ser realizada gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde apenas em 2008, pela Portaria 1.707/2008 do Ministério da Saúde - a qual foi revogada pela Portaria 2.803/2013, que redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS).

Com efeito, pode-se perceber que a consagração da identidade de gênero e dos demais direitos dos transexuais que nisso se implicam anda a passos lentos no país, destacando-se um e outro evento isolado que se faz relevante posteriormente para a sua positivação em território nacional.

Como exemplo disso, cita-se o Estado do Rio Grande do Sul como pioneiro ao instituir a Carteira de Nome Social para Travestis e Transexuais, por meio do Decreto nº 49.122, de 17 de maio de 2012 (RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa, 2012).

Fato importante para os transexuais e travestis que vivem neste Estado, ao passo que a partir desse decreto não precisam mais passar por constrangimentos em relação ao nome contido nos documentos oficiais de identificação e ao nome adotado socialmente.

O Estado do Rio Grande do Sul não é apenas o pioneiro em decretos legislativos quando referente-se à questão de gênero. Em 2005, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível 70011691185, da 8ª Câmara Cível, tendo como relator o Desembargador Alfredo Guilherme Englert, julgou procedente a demanda pela qual o transexual buscava a alteração do registro de seu nascimento sem que todas as etapas cirúrgicas estivessem completas.

Nesse ponto, é importante ressaltar que até pouco tempo a retificação do registro civil dos transexuais só era possível após a efetiva realização da cirurgia de transgenitalização pelo transexual, sendo nesse sentido inovadora a posição do TJRS já em 2005.

Acima de tudo, quando se trata do Poder Judiciário e da sua importância em assegurar os direitos dos transexuais, não se pode deixar de lado uma das mais importantes decisões do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual o registro civil do transexual deve retratar a realidade vivida por ele, não sendo necessária a cirurgia de transgenitalização para a alteração do mesmo, conforme trecho da decisão:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO PARA A TROCA DE PRENOME E DO SEXO (GÊNERO) MASCULINO PARA O FEMININO. PESSOA TRANSEXUAL. DESNECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO (...) 12. Exegese contrária revela-se incoerente diante da consagração jurisprudencial do direito de retificação do sexo registral conferido aos transexuais operados, que, nada obstante, continuam vinculados ao sexo biológico/cromossômico repudiado. Ou seja, independentemente da realidade biológica, o registro civil deve retratar a identidade de gênero psicossocial da pessoa transexual, de quem não se pode exigir a cirurgia de transgenitalização para o gozo de um direito. [...] (BRASIL. STJ, 2017).

A par da jurisprudência, muitos projetos de lei já foram apresentados nas suas devidas Casas, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado, mas acabam sendo arquivados ao final das legislaturas. Tal qual, é o caso do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 72 de 2007, o qual visava a alteração do artigo 58, da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), a fim de possibilitar a substituição do prenome das pessoas transexuais.

Sendo assim, a decisão jurisprudencial advinda do Supremo Tribunal de Justiça datada de 09 de maio de 2017 representa a condecoração dos anos de luta dos transexuais na busca de seu direito à identidade de gênero e, conseqüentemente, ao nome e gênero escolhidos, para que sejam reconhecidos nos seus documentos oficiais.

Posto isso, o advogado André Luiz Ferreira Valadares, conclui que

Embora essa seja uma decisão apenas da 4ª turma do STJ e ainda não represente entendimento pacífico do Tribunal Superior sobre o tema, não se deve olvidar de sua força persuasiva, de modo que, doravante, deve-se observar uma guinada jurisprudencial, de modo a ensejar uma compreensão mais humanista sobre o tema. (2017, p. 581).

Sem sombra de dúvidas, se não fosse a iniciativa do Poder Judiciário em interpretar a Constituição e assegurar os direitos dos transexuais e outras minorias no país, tomando as vezes do Poder Legislativo, que se queda inerte – deixando de aprovar inúmeros projetos de lei nesse sentido -, estaríamos vivendo um Estado não democrático e muito menos de Direito.

Vive-se, portanto, numa era de ativismo judicial, uma vez que este, segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, “se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva” (2008, p. 140).

Sobretudo, a consagração da identidade de gênero e dos direitos dos transexuais no ordenamento jurídico brasileiro, como um todo, sem depender do ativismo judicial para a sua garantia, é um dos dilemas atuais dos direitos fundamentais.

6 | CONCLUSÃO

A transexualidade, decorrente da identidade de gênero do indivíduo em desconformidade com o seu sexo biológico, considerada pela Classificação Internacional das Doenças (CID-10) como um transtorno mental, é a realidade de muitos brasileiros que lutam diariamente para que sejam assegurados os seus direitos.

Nesse diapasão, a identidade de gênero e as suas implicações são direitos fundamentais do transexual que permeiam a personalidade, em cujo plano de fundo está a própria dignidade da pessoa humana. Tanto é que Flávio Tartuce, numa perspectiva Civil Constitucional afirma que a proteção da dignidade humana constitui o principal fundamento da personalização do Direito Civil, bem como a sua tutela representa a proteção da liberdade e dos direitos subjetivos na ordem privada (2016, p. 60).

Entretanto, apesar da previsão constitucional, os direitos dos transexuais não são reconhecidos no ordenamento jurídico como um todo, haja vista que há uma retração do Poder Legislativo em legislar sobre o assunto mesmo quando muitos projetos de lei são apresentados às suas Casas, mas acabam sendo arquivados ao final da legislatura.

Diante da inércia do Poder Legislativo, o direito dos transexuais muitas vezes é assegurado pela legislação estadual em situações isoladas, como é o caso do estado do Rio Grande Sul que aprovou o uso da Carteira de Nome Social para Travestis e Transexuais em 2012.

Aparentemente essa é uma legislação de alcance regional, mas que demonstra em âmbito nacional a crescente demanda pela afirmação dos direitos dos transexuais pela autorização da realização de cirurgia de transgenitalização, o que só ocorreu em 1997, pela retificação do registro civil em relação ao nome e ao gênero, entre outros.

Observado o panorama legislativo, tem-se que a consolidação da jurisprudência no ordenamento jurídico é pedra fundamental quando se trata da interpretação constitucional e efetivação dos direitos dos transexuais na prática.

Uma decisão impactante do Superior Tribunal de Justiça, nesse assunto, ocorreu em maio de 2017, a qual permitiu ao transexual retificar o registro civil em relação ao seu nome e gênero sem a necessidade da prévia realização da cirurgia de transgenitalização para tanto.

Extraí-se desse estudo que o papel do Poder Judiciário é elementar para a consagração da identidade de gênero como direito fundamental do transexual no ordenamento jurídico brasileiro e, conseqüentemente, toda a gama de direitos personalíssimos que são inerentes ao transexual, uma vez que estes não estão positivados na legislação federal a par da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara n. 72, de 2017**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/82449>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Seção 1, p. 1, 05 out. 1988. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União, Brasília, 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 jan. 2018.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.399, de 18 de agosto de 2008. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. **Diário Oficial da União**. 19 ago 2018. Seção 1, p. 43.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.803/2013, de 19 de novembro de 2013. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). **Diário Oficial da União**. 21 nov. 2013. Seção 1, p. 25.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: REsp 1626739 RS 2016/0245586-9. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. DJ: 09/05/2017. **Jusbrasil**, 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484087877/recurso-especial-resp-1626739-rs-2016-0245586-9>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70011691185 /RS. Relator: Des. Alfredo Guilherme Englert. DJ: 25/11/2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=apela%C3%A7%C3%A3o+c%C3%ADvel+70011691185&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=uris&entsp=apoliti-ca-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=apela%C3%A7%C3%A3o+c%C3%ADvel+70011691185&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=inmeta%3Adj%3Adate%3A2005-01-01..2005-12-31+#main_res_juris>. Acesso em: 30 jan. 2018.

CLASSIFICAÇÃO internacional de doenças. Disponível em: <<https://www.bulas.med.br/cid-10/>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.482, de 10 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.482/97. Resolução n. 1.652, de 02 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02. Resolução n. 1.955, de 12 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e Redesignação de gênero**: aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2015.

DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo direito. In: _____. (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HÁ DIFERENÇAS ENTRE TRANSGÊNEROS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS? 2017. Disponível em: <<https://br.mundopsicologos.com/artigos/ha-diferencas-entre-transgeneros-travestis-e-transexuais>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Debus. **Curso de bioética e biodireito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOURA, Kamila. **Transgênero, Transexual e Homossualidade**: Entenda a diferença. Disponível em: <<https://kamilamoura.com/2017/03/29/transgenero-transexual-e-homossexualidade-entenda-a-diferenca/>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

OPPERMANN, Marta Cauduro; ZENEVICH, Letícia. O direito constitucional do transexual à alteração do sexo constante no registro civil sem a realização de cirurgia. In: DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. **Decreto n. 49.122 de 2012**. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=57735&hTexto=&Hid_IDNorma=57735>. Acesso em: 02 fev. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

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

TATUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

VALADARES, André Luiz Ferreira. A retificação de registro civil de transexuais: uma análise à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. In: FERRO JR., Izaías Gomes. (Coord). **O registro civil das pessoas naturais: novos estudos**. Salvador: JusPodivm, 2017.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Transexualidade, transgênero, cisgênero e o bem-estar autodeterminado. In: DIAS, Maria Berenice. (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Transexualidade. In: DIAS, Maria Berenice. (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

A IMPLANTAÇÃO DE NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO PARA O COMBATE À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Data de aceite: 23/03/2020

Data de submissão: 03/01/2020

Nayara Luiza Pereira Rodrigues

Faculdade de Medicina do ABC. Santo André/SP
<http://lattes.cnpq.br/617147986205926>

Pollyana Callou de Moraes Dantas

Secretária Municipal de Saúde de Barbalha-CE

Antonio Lucimilton de Souza Macêdo

Secretário Municipal de Saúde de Juazeiro do Norte-CE

Jonas Sampaio da Cruz

Acadêmico de Direito na Universidade Regional do Cariri
<http://lattes.cnpq.br/9232105802894533>

Sarah Rachel Pinheiro

Assistente social da Secretaria Municipal de Saúde de Barbalha-CE

Pedro Alex Leite Cruz

Farmacêutico da Secretaria Municipal de Saúde de Barbalha-CE
<http://lattes.cnpq.br/1156263507735843>

RESUMO: A judicialização da saúde consiste no aumento das demandas cujo objetivo é pleitear, através dos Tribunais, bens e direitos assegurados constitucionalmente como fundamentais para a saúde do cidadão.

Desse modo, conforme a Lei Orgânica da saúde (8.080/90) e a Constituição Federal de 1988, nas quais a saúde é direito do cidadão e dever do Estado efetivá-la, o poder Judiciário está cada vez mais solicitado e atuante no intuito dessa garantia, o que resulta em um aumento desordenado de processos contra a Administração Pública, em especial contra os municípios, que se veem onerados a cumprir a obrigação em detrimento da execução de uma gestão planejada. Contudo, embora a intervenção judicial seja muitas vezes necessária, entende-se que a mesma deve ser feita de forma criteriosa, o que para tanto se torna relevante o desenvolvimento de estratégias que buscam evitar a judicialização. Uma das ferramentas profícuas são os núcleos de apoio técnicos, integrados por profissionais das áreas de saúde e gestão, com o objetivo de realizar ações que envolvam, entre outras, a Defensoria Pública, a análise de processos judiciais, a supervisão de comunidades terapêuticas que recebem internações compulsórias e o estudo destas, com a finalidade de otimizar os recursos públicos e, em especial, fazer valer o direito à saúde, a dignidade humana e o princípio da equidade.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da saúde; Gestão pública; Núcleos técnicos; Internações

compulsórias; Defensoria Pública.

THE ESTABLISHING OF A TECHNICAL CENTER OF SUPPORT TO FACE HEALTH JUDICIALIZATION

ABSTRACT: The judicialization of health consists in the increase of demands whose objective is to claim, through the Courts, goods and rights constitutionally guaranteed as fundamental to the health of the citizen. This, according to the Organic Health Law (8.080/90) and the Federal Constitution of 1988, in which health is the citizen's right and the State's duty to make it effective, the judiciary is increasingly requested and active in order to achieve this. guarantee, resulting in a disorderly increase of proceedings against the Public Administration, especially against counties, which are burdened with fulfilling their obligation to the detriment of carrying out planned management. However, although judicial intervention is often necessary, it is understood that it must be done carefully, which makes the development of strategies that seek to avoid judicialization become relevant. One of the useful tools is the technical support centers, integrated by health and management professionals, with the objective of carrying out actions that involve, among others, the Public Defender's Office, the analysis of judicial processes, the supervision of therapeutic communities receiving compulsory hospitalizations and their study, with a view to optimizing public resources and, in particular, enforcing the right to health, human dignity and the principle of equity.

KEYWORDS: Judicialization of Health; Public management; Technical nuclei; Compulsory hospitalization; Public defense.

1 | INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde consiste no acesso ao Sistema Único de Saúde (SUS) por meio de determinações judiciais que buscam efetivar direitos e garantias fundamentais inerentes à saúde do cidadão.

O artigo 2º da Lei 8.080/90¹ assegura que “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” e cita princípios fundamentais do Sistema Único de Saúde, como a universalidade e a equidade. Nesse sentido, também assevera a Constituição da República Federativa do Brasil²:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição².

Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação².

Somado a isso, o Brasil ainda não garantiu a todos o acesso universal e democrático aos serviços de saúde³, o que se deve à omissão e à ineficácia do Estado na prestação de políticas públicas na área e, como resultado, o cidadão, que além de não ter condições de vida digna, também tem seu direito à saúde obstado.

A partir desse contexto social e jurídico, o Poder Judiciário está cada vez mais solicitado e atuante na busca da aplicação imediata desse direito, o que resulta em um aumento desordenado de processos judiciais contra a Administração Pública⁴, em especial contra os municípios. O que por um lado é um avanço significativo no exercício da cidadania, também é uma dificuldade para o planejamento e execução da gestão de recursos públicos, tendo em vista a falta de previsão orçamentária dessa demanda que deve ser cumprida de forma imediata.

Nesse sentido, surge a necessidade do desenvolvimento de estratégias para a contenção da judicialização da saúde. Um dos métodos que se mostra profícuo é a criação de núcleos de apoio técnicos integrados por profissionais de conhecimento nas áreas de saúde e gestão com a finalidade de oferecer suporte, pareceres e esclarecimentos aos membros do judiciário para a resolução de demandas de forma administrativa, evitando o dispêndio da judicialização para o ente federativo e para o Judiciário e otimizando a prestação do serviço público de saúde, o que favorece o usuário do SUS e a coletividade.

2 | OBJETIVO

Relatar ações e resultados obtidos a partir da implantação de núcleo de apoio técnico no combate a judicialização da saúde.

3 | AÇÕES E RESULTADOS

3.1 Atendimentos na defensoria pública

O núcleo de apoio técnico foi implantado em Barbalha, município situado na região do Cariri do Ceará, tendo em vista à quantidade de processos judiciais já existentes na área da saúde e que grande parte desses é proveniente de petições feitas pela Defensoria Pública nessa cidade, foi firmada uma parceria entre a Prefeitura Municipal e a Defensoria Pública com o objetivo de evitar novas ações judiciais e atender de forma mais célere e justa os pacientes que procuram a assistência jurídica gratuita.

O núcleo, integrado por servidores do quadro da secretaria, é composto por uma assistente social, uma enfermeira, um farmacêutico e uma nutricionista que realizam atendimentos semanais agendados na sede da Defensoria Pública

no município, de forma que, o paciente requerente é orientado e elucidado pelos membros do núcleo sobre a forma resolutiva de sua demanda.

Ao término do atendimento, um termo de compromisso é redigido pelo Defensor Público no qual as partes se comprometem a: I) aguardar o resultado do encaminhamento a ser proposto pelo núcleo; II) seguir as recomendações dadas para o encaminhamento; III) fornecer notícias à Secretaria de Saúde sobre quaisquer alterações que venham a ocorrer na vigência do recebimento do benefício demandado (judicializado ou não).

Apartir dessa primeira ação, entre Abril e Dezembro de 2017, foram realizados 198 atendimentos, dos quais 80% foram possíveis evitar a Judicialização. Além disso, foram identificados graves problemas que fogem do alcance da gestão pública, como pacientes que procuraram a Defensoria com orçamentos em mãos e orientados por médicos a procurar a jurisdição, assim como demandas de medicamentos de alto custo que não foram incorporados ao SUS com parecer técnico da CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS), comprovando a ineficácia da droga diante das outras.

3.2 Análise dos processos judiciais

Na segunda fase da ação, o núcleo de apoio técnico reavaliou 480 processos judiciais da secretaria de saúde que ainda se encontravam em curso entre os anos de 2013 e 2018 com o objetivo de atualizar a situação de tratamento dos pacientes através de visitas domiciliares, ligações telefônicas e análise de dados em busca de óbitos, mudança de endereço, alta no tratamento ou qualquer modificação relevante.

Com base nessa relação, foram arquivados 96 processos de pacientes que já tiveram alta do tratamento e 68 processos de pacientes que já tinham ido a óbito, bem como a identificação de demandas judicializadas que estavam em discordância com a prescrição médica e outras que estavam fora da lista do SUS. Destarte, a análise dos processos mostrou-se relevante para evitar fraudes e desvios de insumos e garantir expressiva redução de custos.

3.3 Internações Compulsórias

Outro âmbito de atuação do núcleo de apoio técnico foi sobre os casos de internações involuntárias de dependentes químicos em comunidades terapêuticas por decisões judiciais. A internação compulsória foi a única demanda em que todos os casos foram judicializados. Contudo, fez-se necessário o desenvolvimento de ações para o fortalecimento da rede de saúde mental do município e a implantação de políticas públicas de saúde de combate as drogas.

Foram realizadas visitas multidisciplinares por profissionais do núcleo e do CAPS (Centro de Atenção Psicossocial) do município às famílias dos pacientes com

históricos de internações compulsórias a fim de traçar o perfil dos mesmos e suas possíveis vulnerabilidades sociais.

Paralelo a isso, entre os anos de 2017 e 2019, juntamente com o procurador do município, a coordenadora do CAPS AD, uma juíza, um promotor e um defensor público, o núcleo realizou visitas às comunidades terapêuticas que recebem pacientes de internações compulsórias, usuários de álcool e drogas do município de Barbalha, com o objetivo de avaliar as condições de tratamento, de assistência e de estruturas dos estabelecimentos. Foram usados como parâmetros de avaliação disposições presentes na Constituição Federal, os princípios do SUS e a lei nº 10.216/2001⁵ que trata da reforma psiquiátrica.

Nesse sentido, relatou-se que mesmo após a reforma psiquiátrica, características do antigo modelo de internação permanecem atualmente em comunidades terapêuticas, o que está em discordância com garantias e direitos fundamentais dos pacientes. O que fez necessária a aplicação de medidas que garantissem um tratamento digno e eficiente aos pacientes dessas instituições.

Além disso, a partir do levantamento do quanto foi gasto pelos cofres municipais com internações compulsórias, identificou-se a necessidade de ampliar ações que possibilitassem o controle dos fatores de transtornos causados por álcool e drogas, através do conhecimento e envolvimento familiar no tratamento. Destarte, com o conhecimento de tais ações, o judiciário no município mediou um acordo extrajudicial no qual o pagamento das internações compulsórias deverá ser prestado pelo município de Barbalha e pelo estado do Ceará.

4 | CONCLUSÃO

A judicialização da saúde gera desnecessário dispêndio ao poder judiciário, aos entes da federação, ao usuário do SUS e a coletividade. No entanto, isso pode ser reduzido e evitado através da cooperação entre instituições e do desenvolvimento de estratégias e ações pela gestão pública.

Dessa forma, o atendimento aos pacientes usuários da Defensoria Pública reduziu e evitou o excesso de casos judiciais, assim como encaminhou e orientou na resolução das demandas de forma célere e administrativa. Nesse sentido, novos protocolos administrativos foram consolidados para dispersão de insumos, como leite, fraldas e medicamentos.

A análise de processos judiciais foi relevante para avaliação e atualização da situação de tratamento dos pacientes, bem como para impedir fraudes e desvios de insumos. Além disso, a fiscalização das condições de tratamento de dependentes de álcool e droga nas comunidades terapêuticas e os custos dessas internações ao município evidenciaram a importância do desenvolvimento de medidas que

garantissem um tratamento digno e eficiente, assim como a ampliação de ações voltadas a rede de saúde psicossocial do município.

A atuação do núcleo de apoio técnico foi determinante para que a gestão pública do município de Barbalha aprimorasse suas ações de monitoramento e organização na área de saúde, otimizando os recursos públicos e garantindo, acima de tudo, o acesso equânime, humanizado e de qualidade aos serviços e bens assegurados ao cidadão.

REFERÊNCIAS

2 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Título VIII da Ordem Social, Capítulo II, Seção II, Artigo 200-III. Senado, Brasília: DF. 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm Acesso em: 30 dez. 2019.

1 BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Lei Orgânica da Saúde**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, set. 1990.

5 Brasil. **Lei nº. 10.216, de 6 de abril de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Diário Oficial da União [DOU]. Brasília, DF; 9abr 2001

4 LESSA, Josiane de Sousa. **Judicialização do Direito à Saúde Fere o Princípio da Equidade?**. 2014. 38f. Trabalho de Conclusão de Curso Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/11632/1/21207624.pdf> Acesso em: 23 out. 2018.

3 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

A INEFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NAS CHACINAS DO CARANDIRU E DE ALÇAÇUZ

Data de aceite: 23/03/2020

Data de submissão: 30/12/2019

Beatriz Borges Maia

Faculdade Independente do Nordeste

Vitória da Conquista - Bahia

<http://lattes.cnpq.br/9512653239406704>

Nathália Melo Sousa Santos

Faculdade Independente do Nordeste

Vitória da Conquista - Bahia

<http://lattes.cnpq.br/9259583520187835>

RESUMO: Direitos Humanos são aqueles que devem ser assegurados pelo Estado a fim de preservar a dignidade da pessoa humana. No Brasil, por conta da má gestão administrativa, pode-se identificar um descaso latente desses direitos, principalmente, no sistema carcerário, onde segurança, saúde e proteção são esquecidas. Nesse resumo expandido, buscamos evidenciar esse problema, exemplificando-o com as tragédias da Casa de Detenção Carandiru (1992) e da Penitenciária de Alcaçuz (2017) a partir do método bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental. Direito Penitenciário. Casa de Detenção Carandiru. Penitenciária de Alcaçuz.

THE INEFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS IN THE CARANDIRU AND ALACACUZ SLAUGHTERHOUSES

ABSTRACT: Human rights are those that must be ensured by the state in order to preserve the dignity of the human person. In Brazil, due to poor administrative management, one can identify a latent disregard for these rights, especially in the prison system, where safety, health and protection are forgotten. In this expanded summary, we seek to highlight this problem, exemplifying it with the tragedies of the Carandiru Detention House (1992) and the Alcaçuz Penitentiary (2017) based on the bibliographic method.

KEYWORDS: Fundamental Right. Penitentiary Law. Carandiru Detention House. Alcaçuz Penitentiary.

1 | INTRODUÇÃO

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) foi um marco histórico importante à conquista de direitos fundamentais, definindo quais devem ser seguidos pelos países membros. Assim como previsto pela ONU, a

partir da Declaração dos Direitos Humanos, a Constituição brasileira prevê que a vida é um direito fundamental.

Apesar disso, no Brasil, ocorreram algumas chacinas em penitenciárias, destacando a da Casa de Detenção Carandiru e a da Penitenciária de Alcaçuz. Esses momentos demonstram um descumprimento do dever do Estado em garantir o direito à vida e à proteção.

Dessa forma, entender-se-á que as penitenciárias brasileiras não respeitam os Direitos Humanos, responsabilidade esta que o Brasil assumiu ao promulgar em seu artigo 1º da Constituição a “dignidade da pessoa humana”, que é a concretização daqueles direitos fundamentais.

2 | OBJETIVOS

O objetivo geral desse trabalho é dissertar sobre como os Direitos Humanos são aplicados no sistema carcerário brasileiro, visando suas perspectivas e problemáticas.

3 | FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Direitos Humanos correspondem a todas as prerrogativas e instituições que conferem, de forma universal, o poder de existência digna livre e igual, possuindo, portanto, uma maior amplitude e generalização. (CUNHA, 2010 apud TOURINHO, p.56, 2014)

Declaração Universal Dos Direitos do Homem, segundo Ribeiro (2007), é um documento que procurou garantir os Direitos Humanos. Dignidade da pessoa humana, conforme Bezerra (2006), é um direito fundamental que todos os seres humanos devem ter e que ninguém deve ferir, pois ele é inviolável.

4 | MÉTODOS

A metodologia utilizada foi a bibliográfica, com o auxílio de livros e documentos oficiais, para se obter embasamento teórico e conhecimentos suficientes sobre os eventos carcerários relatados neste trabalho.

5 | RESULTADOS E DISCUSSÕES

No pós Segunda Guerra Mundial, após a morte de 47 milhões de pessoas por meios brutais e irracionais, 51 países se reuniram e fundaram a ONU. Esta organização tinha como fim definir direitos “universais”, que seriam protegidos por

todos os países associados. Dentre estes direitos a ONU (1948) elencou: “os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição”. Os direitos assegurados são a vida, o trabalho e a educação e a liberdade de opinião, de expressão e de ir e vir.

Segundo Ribeiro (2007), países de Terceiro Mundo, principalmente os da América Latina, foram influenciados severamente pelo regime colonial, caracterizando a população nativa como “sub-humana”. Resquícios dessa ideologia são identificados nos sistemas de governo contemporâneos, como as autocracias e as democracias. Ou seja, não somente nesta colonização houveram maus tratos, humilhações e extermínios; tais eventos se repetiram nas ditaduras do século XX e perduram até hoje, principalmente nos presídios.

No Artigo 1º da Constituição brasileira, é assegurado, entre outros direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana; um conceito muito amplo e que possui a sua gênese comum a dos Direitos Humanos: proteger a vida do indivíduo. Existem três axiomas referentes à dignidade da pessoa humana: o homem-pessoa é o limite da organização social; a racionalidade-liberdade é o aspecto que caracteriza o homem; e todos os homens são iguais e devem desfrutar de seus direitos sem distinção (BEZERRA, 2006).

Apesar de ser considerado como valor jurídico fundamental do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana é constantemente violada pelo sistema prisional da América Latina, sobretudo na realidade brasileira, colocando em risco os pilares do Estado moderno. (TOURINHO, p.57, 2014)

Incorporado a este sistema prisional, em específico no Brasil, os detentos têm direito à alimentação, à vestimenta, à ala arejada e higiênica, à visitação, a escrever e receber cartas, a ser chamado pelo nome (sem nenhuma discriminação), a um trabalho remunerado e à assistências médicas, educacionais, sociais, religiosas e jurídicas, conforme consta na Lei de Execução Penal (1984). Entretanto, esses direitos não são respeitados em alguns presídios, como já foi registrado na história. Nas últimas três décadas, alguns massacres intraprisionais chocaram a sociedade, dentre eles a Casa de Detenção Carandiru em São Paulo no ano de 1992, com 111 mortes, e Penitenciária de Alcaçuz no Rio Grande do Norte, com 26 mortes.

A invasão ao Carandiru foi extremamente violenta. Após um conflito entre facções no pavilhão nove, que tomou grandes proporções, uma ação para entrar na Casa de Detenção para conter as brigas foi autorizada. Porém, dezenas de policiais não cumpriram apenas suas ordens; foram além. Cento e onze detentos foram assassinados, e muitos deles estavam desarmados e dentro de suas celas. Além disso, ainda ordenaram que outros presos, que conseguiram sobreviver, recolhessem os corpos dos corredores dos pavilhões e amontoassem-nos no pátio

principal.

Localizada em Nísia Floresta, a 25 km da capital Natal, a capacidade da Penitenciária de Alcaçuz é de 620 detentos, porém no começo do ano de 2017, ela abrigava mais de mil. Em janeiro daquele ano, uma verdadeira guerra se iniciou entre facções que estavam abrigadas ali: PCC e Sindicato do Crime. Vinte e seis assassinatos, inclusive por degolas, foram registrados por meio de facas, canivetes, facões e até armas de fogo. Além disso, foram encontrados celulares e drogas dentro do presídio, o que induz à pergunta: “como todos esses instrumentos conseguiram adentrar a Alcaçuz e chegar às mãos dos presidiários?” Celas escuras, insalubres e a própria demora de ação governamental para cessar a chacina, ratifica a ideia do senso comum que cadeias são locais abandonados pelo Estado.

O julgamento dos policiais envolvidos na chacina do Carandiru foi finalizado em 2016 e definiu a suspensão dos policiais envolvidos. Para a família dos mortos foi uma decisão inaceitável, pois não houve justiça baseada nos direitos humanos. Já no presídio de Alcaçuz, a medida tomada pela Secretaria de Justiça e da Cidadania (Sejuc) foi a mudança de administração da penitenciária, porém sem julgamentos aos responsáveis.

A ausência de observância dos direitos humanos nas prisões é visível. Ambientes insalubres, má alimentação, julgamentos demorados, difícil acesso a medicamentos e falta de separação dos detentos de acordo o nível dos crimes. Estes são alguns dos problemas enfrentados pelo sistema carcerário e que precisam ser resolvidos.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Direitos Humanos são essenciais nas penitenciárias para proteger os detentos que perderam seu direito de ir e vir, mas que não deixaram de ser possuidores de direitos fundamentais, como a vida e a segurança. Uma problemática que é perceptível é a indiferença do Estado com os presidiários, que, apesar de possuírem direitos e deveres positivados, não são respeitados e protegidos.

Acontecimentos como as chacinas de Alcaçuz e do Carandiru revelam essa indiferença e mostram razões para o sistema carcerário brasileiro estar em crise. Podem-se ressaltar as celas mal projetadas, a superlotação, falta de planejamento para separar facções e fiscalização precária na entrada de armas brancas e de fogo. Isso transforma a passagem pela prisão não só desumana, mas também perigosa e propensa à reincidência criminal, muitas vezes, estimulado pelo sentimento de vingança para com o Estado e a população, bem como com o conhecimento de técnicas criminais mais elaboradas.

O Estado deve, então, zelar para que o tempo de uma pessoa dentro do presídio

seja regido pelos Direitos Humanos, para que haja uma realidade digna no seu cotidiano e possibilidade de extinção de retorno dessas pessoas às penitenciárias.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Paulo César Santos. Direitos humanos e direitos fundamentais: origens, conceituações e distinções, fundamentação. In: _____. **Temas atuais de direitos fundamentais**. Ilhéus: Editus, 2006. Cap. 1, p. 13-50.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 21 set. 2018.

Organização das Nações Unidas (ONU). **Direitos em Geral**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitos-humanos/>. Acesso em: 21 de setembro de 2018 .

RIBEIRO, Marcus Vinícius. Os direitos fundamentais nas constituições e em documentos modernos. In: _____. **Direitos humanos e fundamentais**. Campinas: Russell Editores, 2007. Cap. 3, p. 36-38

RIBEIRO, Marcus Vinícius. Direitos e garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito brasileiro. In: _____. **Direitos humanos e fundamentais**. Campinas: Russell Editores, 2007. Cap. 4, p. 38-56.

TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza. A privação da liberdade como instrumento de ofensa à dignidade da pessoa humana. In: CRUZ, Ariele Chagas; SARMENTO, George; SEIXAS, Taysa Matos. **Direitos humanos fundamentais: estudos sobre o art. 5º da Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2014. Cap. 4, p. 54-73.

A PERFORMANCE DA SUSTENTAÇÃO ORAL DOS OPERADORES DO DIREITO NO TRIBUNAL DO JURÍ

Data de aceite: 23/03/2020

Alexandre Ranieri Ferreira
Estácio-FAP/SEDUC-PA

Larissa Pereira Melo da Silva
Estácio-FAP

Fernando Antonio Pessoa da Silva Junior
Estácio-FAP

RESUMO: A partir dos primeiros resultados do projeto de pesquisa *A performance oral dos operadores do Direito* desenvolvido junto à Universidade Estácio FAP por alunos de Iniciação Científica que visitaram, durante o segundo semestre de 2018, o fórum criminal de Belém. O resultado aqui apresentado trata da importância da performance no exercício da atividade jurídica pelos integrantes da defesa técnica no Tribunal do Júri, instituição colegiada que agrega leigos em matéria jurisdicional. Nesse sentido a teatralização alcança ainda maior valor tendo em vista que os operadores precisam fazer com que, além de defender as suas teses, os membros desse corpo de jurados entendam a norma, a doutrina e a jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Performance. Defesa. Júri. Teatralidade

ABSTRACT: Based on the first results of the research project *The oral performance of the operators of the Law* developed by the Universidade Estácio FAP by students of Scientific Initiation who visited during the second half of 2018. The result presented here deals with the importance of performance in the exercise of the legal activity by the members of the technical defense in the Court of the Jury, collegiate institution that aggregates laymen in jurisdictional matters. In this sense, theatricality reaches even greater value in view of the fact that, in addition to defending their theses, the members of this body of jurors must understand the norm, the doctrine and the jurisprudence.

KEYWORDS: Performance. Defense. Jury. Theatricality

1 | INTRODUÇÃO

A ideia deste artigo, feito a seis mãos, surgiu a partir dos estudos feitos durante o projeto de pesquisa *A performance oral dos operadores do Direito*, desenvolvido na Universidade Estácio de Sá (FAP) durante o segundo semestre de 2018.

A princípio pode parecer controverso

associar as poéticas da voz aos estudos Jurídicos. A suposta rigidez do Direito parece destoar tanto no que concerne aos métodos de estudo quanto ao objeto de investigação.

O Direito é quase sempre associado à dureza das suas legislações, resumido no brocardo latino *Dura lex, sed lex* (*A Lei é dura, mas é a Lei*), que se reverte nos seus estudos teóricos ou na materialização de processos que se avolumam em órgãos públicos e escritórios advocatícios.

Mas somos seres poéticos. Talvez até tenhamos que cunhar um termo para nos designar: *Homo Poeticus*. E, por termos essa natureza, a todo momento nossas ações podem extrapolar as situações performáticas orais tradicionais, adentrar nosso cotidiano e guiar nossas vidas até mesmo em situações triviais como o ambiente de trabalho.

Nesse sentido, estudar a performance oral dos operadores do direito é entender que, no cotidiano deles e em especial daqueles que atuam no Tribunal do Júri, há uma maneira de contar o que aconteceu do ponto de vista de uma das partes do processo e que para dar voz a vítima e acusado é preciso também reviver os fatos e penetrar numa outra camada da realidade que vai além das folhas do processo.

Essas sustentações orais, bem como os textos jurídicos de uma maneira geral, encontram-se dentro da Ciência do Direito, regida, segundo Miguel Reale Junior, por três instâncias: Fato, Valor e Norma. O Fato é o ponto inicial de um processo; o Valor age como ponto de vista de cada uma das partes e a Norma é responsável por determinar se a valoração, de acordo com a ótica aplicada, confere ao fato apresentado, consistência jurídica (REALE, 1994).

Todavia, dentro da prática jurídica oral, a gestualidade, a teatralidade e a performance oral são espécies de valorações que percorrem toda a sustentação dos operadores do direito.

A performance do advogado confere valoração ao texto oral, indicando o ponto de vista deste, do início ao fim. Desde o entendimento do fato que, narrado pelo advogado, vai ganhando contornos persuasivos com a gestualidade; passando pelo próprio valor, em si, até chegar na teatralidade da sustentação oral que pode desembocar na aplicação da norma, agora redimensionada pela performance oral.

É nesse sentido que reiteramos que existe uma poética do cotidiano que rege situações formais e informais e que implica sincronia entre o corpo e a voz na produção de um instante que convida o interlocutor a participar do momento performático. Dessa forma, a percepção sensorial e estética leva ao fruir estético. Esse efeito teatral assemelha-se ao que Paul Zumthor chama de *mousikè*, que se refere à dança, à música, vocal e instrumental, às estruturas métricas do poema e a prosódia da palavra em conjunto (ZUMTHOR, 2005).

Através dessa energia vocal e corporal dispensada pelo operador *performer*

é que se pode promover o envolvimento do interlocutor e, por conseguinte, o convencimento.

Não por acaso Miguel Reale pergunta: “Que laços existem entre o fenômeno jurídico e o fenômeno artístico?” (2002, p. 9). Assim como no ditado popular “a arte imita a vida” a literatura imita a vida que é regida pelas Leis. Ao passo que a recíproca é verdadeira e a vida pode acabar imitando a arte fazendo das sustentações orais jurídicas verdadeira matéria artística.

No entanto, poderíamos ir mais a fundo e dizer que a própria vida é uma encenação. O *Homo Poeticus* nos difere dos animais, já que precisamos dessa capa social para nos distinguirmos dos outros seres e assim nos destacarmos enquanto sociedade. Nossas pulsões mais animais se reprimem quando nos investimos de nossos papéis cotidianos.

Com esse pensamento os pesquisadores do projeto adentraram o Fórum Criminal de Belém Romão Azevedo durante o segundo semestre de 2018 para assistir alguns julgamentos do Tribunal do Júri e a orientação inicial foi a de observarem tudo o que acontece, sentirem o “clima” tanto dos representantes legais das partes, como das pessoas que compõem o Júri e a plateia. Dessa forma é possível compreender essa situação de comunicação tão singular em suas particularidades.

Preferimos não citar nomes de acusados, testemunhas, promotores, defensores, juízes ou até mesmo casos por questões éticas, deixando assim, somente os nomes genéricos dos papéis desempenhados durante a atuação. Escolhemos tratar, pelo menos a princípio, de forma genérica apenas da atuação da defesa técnica (Defensores Públicos e Advogados de Defesa)

Antes de tratarmos das performances é preciso entender como funciona o Tribunal do Júri e o papel dos Operadores do Direito que nele atuam.

2 | O TRIBUNAL DO JÚRI

A instância do Tribunal do Júri é prevista no art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal (CF88), é um órgão especial do poder judiciário de primeira instância tendo competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, sendo eles tentados ou consumados.

É composto por um juiz togado (juiz de direito), 25 jurados (juízes de fato), o representante do ministério público, representado pela figura do Promotor. Pode-se, ainda, ter a presença de um assistente de acusação. Por conseguinte, pode-se falar do advogado de defesa ou Defensor Público, representando a Defensoria Pública, os Oficiais de Justiça, Serventuários da Justiça, Secretários da Vara e os Policiais da Justiça. Dessa forma, devem ser julgados pelo Tribunal do Júri, os acusados que cometerem os delitos previstos nos Arts. de 121 a 127 do Código Penal Brasileiro

(CP40).

São crimes dolosos contra a vida: homicídio; induzimento, instigação e auxílio ao suicídio; infanticídio e aborto. Dessa forma, os sete jurados que compõem o conselho de sentença, também conhecidos como “Juizes não togados” ou “Juizes de fato”, são sorteados entre vinte cinco cidadãos escolhidos semestralmente.

Para realização do sorteio dos membros que irão compor esse conselho, é preciso quórum mínimo de quinze jurados presentes, caso contrario, o júri é adiado. Os jurados que não comparecem ao julgamento quando marcado, precisam justificar a ausência sob risco de punição prevista em Lei (Lei nº 11.689/08).

Segundo a Lei 11.689/08 o tribunal é composto de cidadãos que são previamente solicitados, através de ofício, pelo juízo. Este ofício é enviado para empresa, órgão publico e demais lugares, que em seguida o responsável supracitado indica, seus funcionários que tenham sua idoneidade comprovada. Ademais, pode-se, também, participar como jurados os voluntários alistados previamente, que se apresentam em juízo, manifestando seu interesse.

Os requisitos para fazer parte do corpo de jurados são: a) ter entre no mínimo 18 anos completos; b) não ter antecedentes criminais; c) estar em dia com suas obrigações eleitorais. Além disso, essas pessoas devem concordar em prestar esse serviço gratuitamente. É obrigação desse colegiado julgar o fato e não o Direito, ou seja, cabe somente ao Juiz de Direito, como conhecedor da Lei, aplicar a pena de acordo com o veredito.

De acordo com o Art. 483 do Código Processual Penal (CPP), ao final do julgamento, o colegiado responde aos seguintes quesitos:

I – Materialidade do fato;

II – Autoria ou participação;

III – Se o acusado deve ser absolvido;

IV – Se existe causa de diminuição da pena;

V – Se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação. (Decreto-Lei n 3.689/41)

A materialidade tem a ver com a existência do fato, ou seja, se este está de acordo com o que foi apresentado pela promotoria. Nesse caso, é preciso que os jurados decidam se houve a comprovação da efetiva ocorrência do crime. Se não há materialidade, o acusado não pode ser considerado culpado, pois não há como saber se o crime realmente ocorreu.

Sobre as circunstâncias qualificadoras Rogério Greco afirma que:

[...] considera-se *qualificado* o crime quando, geralmente, as penas mínima e

máxima cominadas no parágrafo são superiores àquelas previstas no *caput* do artigo. Dissemos que os limites mínimo e máximo devem, como *regra*, ser superiores ao *caput*, uma vez que em algumas infrações penais pode ocorrer tão somente o aumento ou da pena mínima, ou da pena máxima cominada em abstrato, sendo, ainda assim, considerado como qualificado (GRECO 2017, p. 228).

As qualificadoras se referem aos motivos que levaram o acusado a cometer o crime, os meios que ele utilizou, os modos que executou e os fins por que cometeu o crime (GRECO, 2017). A maioria dos crimes previstos no CP possuem qualificadoras. Em relação aos delitos julgados pelo Tribunal em questão, podem estar relacionadas a homicídio qualificado.

Mas antes da instauração do corpo colegiado de “Juízes não togados” é preciso que eles entendam alguns dos princípios que regem o Tribunal do Júri. São quatro os Princípios Regentes: a presunção de inocência, a ampla defesa, a plenitude da defesa e a incomunicabilidade. Esses princípios normalmente são explicados aos jurados antes de iniciar cada sessão, sempre que houver algum membro novo no Tribunal do Júri.

O princípio da presunção de inocência diz que todo e qualquer acusado deve ser considerado inocente caso não tenha sido comprovada culpa. Ou seja, que a sentença não tenha transitado em julgado, quando encerra-se o processo definitivamente em todas as suas instâncias.

Por isso e levando em consideração o princípio da igualdade, Art. 5º da CF88, todo cuidado é pouco no momento da sustentação oral, pois em hipótese alguma a acusação ou a defesa pode taxá-lo como culpado ou ferir sua honra.

O princípio da ampla defesa é dividido em duas partes: a defesa técnica, segundo a qual, na ausência da defesa (Advogado ou Defensor Público), o processo é suspenso ou até anulável e a autodefesa do acusado, quando ele pode agir como o próprio advogado, ou ainda, se preferir, ficar em silêncio para não se incriminar segundo o Art. 5, inciso LXIII da CF88.

O princípio da plenitude de defesa, que ampara os representantes legais a utilizarem de argumentos jurídicos e extrajurídicos, sendo que esses elementos extrajurídicos devem ter conexão com o caso concreto.

Por fim, o princípio da incomunicabilidade, que é de extrema importância para a sustentação oral, pois os operadores de direito tem a missão de convencer e persuadir individualmente cada jurado, já que nenhum dos jurados, enquanto da vigência do julgamento, não podem ter qualquer contato com outras pessoas, nem mesmo entre si. Diferente do que ocorre nos Estados Unidos, onde os jurados podem conversar entre si para chegar a uma única conclusão sobre o caso.

Portanto, tanto maior é a missão do advogado em sua performance. Ele não deve convencer, nesse caso, os seus pares, conhecedores do Direito. Deve, por

outro lado, convencer os representantes da sociedade, pessoas leigas que pouco ou nada conhecem do Ordenamento, da Jurisprudência ou da Doutrina Jurídicas.

Nesse sentido, a eloquência e a teatralidade tem papel ainda mais preponderante na estratégia de valoração do discurso e do convencimento do interlocutor. Por isso, cada gesto deve ser observado com cuidado. Mas, além dos gestos, deve-se estar atento às reações, os olhares e às expressões dos membros do Júri e dos demais ouvintes. Cada um deles tem papel importante na composição da paisagem oral que será formada (FERNANDES, 2007).

Segundo Frederico Fernandes “O auditório também é parte importante durante uma performance. A título de exemplo, são comuns rituais entre os indígenas para contar mitos, lendas e sonhos” (2002, p. 27). A troca de olhares e as expressões faciais, portanto, podem interferir na estratégia de persuasão do operador.

3 | O PAPEL DA DEFESA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Como visto anteriormente, são no mínimo três os operadores do direito que atuam diretamente no Tribunal do Júri: o Juiz, o Promotor e o Defensor Público ou Advogado de Defesa. Em alguns casos, pode-se ter um advogado assistente, contratado pelos interessados na acusação, auxiliando o Ministério Público.

Ainda que o Juiz de Direito seja figura preponderante a guiar as ações e impor a ordem sempre que necessário, neste artigo trataremos de duas figuras que atuam diretamente na argumentação e persuasão do auditório: o Defensor Público e o Advogado de defesa.

O Defensor é um Servidor Público designado para defender os direitos e representar o acusado quando este não possui os recursos necessários para custear sua própria defesa. Ele tem que garantir assistência jurídica integral gratuita, aos legalmente necessitados, prestando a orientação e a defesa em todos os graus e instâncias, de modo coletivo ou individual.

Já o Advogado de Defesa é um profissional contratado pela parte acusada, quando esta tem poder aquisitivo suficiente para não depender dos serviços de um defensor público. O Advogado de Defesa tem um contato maior com o réu e seus familiares.

Sua missão, tal qual a do Defensor Público, é resguardar os princípios constitucionais e verificar se estes estão sendo aplicados corretamente em favor de seu cliente. Sobretudo, defende também o processo, e o direito do processado. O advogado deve reivindicar, quando há a condenação, uma pena mais justa; resguardar o devido processo legal e garantir que seu cliente seja ouvido.

Depois de examinar o função do Tribunal e o papel dos Operadores do Direito responsáveis pela defesa, vamos analisar a performance destes frente ao Tribunal

do Júri.

4 | A PERFORMANCE DA DEFESA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Antes de tratarmos da performance da defesa, alguns pressupostos e impressões devem ser ilustrados para entender o desafio que esses profissionais têm em mãos.

O “clima” num ambiente como esse não é dos mais agradáveis. Houve um crime. Morte. Famílias choram a perda de um ente, outras clamam pela absolvição de alguém que se crê inocente. Não é uma atmosfera de paz como o de um templo. O choro não é o pedido de uma providência divina. De todos os lados pede-se justiça. O ambiente é de “guerra”.

Além do clima tenso que perpassa toda a situação, de uma maneira geral, diríamos que o pré-julgamento é uma falha comum ao ser humano. Todos nós temos algum tipo de “pré-conceito” em menor ou maior grau. O noticiário político atual é prova disso. Toda hipótese levantada gera uma enxurrada de críticas e acusações. O próprio ditado popular “onde há fumaça há fogo” ilustra esse defeito humano.

Nos arriscamos a dizer que nem mesmo o Juiz, com todo o seu conhecimento acerca da matéria que julga pode ser completamente excluído desse defeito tão humano. Se nem ele seria capaz de escapar a isso, os Operadores do Direito responsáveis pela defesa devem trabalhar com a hipótese de que os membros do Tribunal do Júri em maior ou menor parte pré-julgam o acusado pelo simples fato deste estar sendo julgado. Ainda mais sabendo que antes dele fala o promotor de justiça, responsável por contar a versão dos fatos pela ótica da acusação. Sua missão, portanto é desfazer essa possível imagem pré-concebida.

Outro pressuposto importante é o de que a defesa deve reconstituir os fatos de forma desconstruir a versão exposta pela acusação e, para isso, devem usar todo o conhecimento que possuem sobre o caso e performatizar o seu ponto de vista sem esquecer que as pessoas que estão ali são leigas em matéria jurídica.

Em alguns casos é comum a defesa falar sobre a vida do acusado, sua rotina, o que faz da vida, quem são seus amigos, onde estudou, tentando desmistificar a imagem do assassino e trazer aos presentes a imagem de uma pessoa como outra qualquer.

Como dito na apresentação deste artigo, os pesquisadores do projeto foram ao Fórum Criminal de Belém e observaram a performance oral dos personagens em questão.

Em relação ao papel do Representante da Defensoria Pública, observou-se que, devido a grande demanda processual, não tem muito tempo para conhecer o acusado, a família e muitas vezes nem o processo profundamente. Esse profissional

por outro lado e pelo mesmo motivo, na maioria das vezes, possui uma maior experiência em tribunais em relação a maioria dos Advogados particulares.

Estes, muitas vezes, têm a oportunidade de conhecer a família, conversar melhor com o cliente e tentar fazer com que aquele ponto de vista seja alcançado. Que aquela forma de ver a vida e o mundo transpasse para outra realidade, outra vivência. Que os que escutem tenham a oportunidade de, por alguns momentos, simbolicamente, possam “calçar os chinelos” daqueles que estão ali, processados pelo Estado.

Comparando a atuação da defesa técnica em relação à acusação (Promotores e Assistentes de Promotoria) é interessante perceber a diferença no tom de voz. Enquanto a acusação utiliza um tom de voz mais elevado a defesa normalmente fala num tom de voz mais baixo em relação ao primeiro.

Acusar é sempre uma agressão ao outro. É por si só um ato violento. “Apontar o dedo” a outra pessoa significa imputar-lhe culpa. Como cabe aos Promotores e Assistentes de promotoria o papel de acusar, esse tom de voz mais elevado simboliza essa agressividade.

Por outro lado, quando a Defesa utiliza um tom de voz menos agressivo, é para tentar desfazer a ideia inicial deixada pela promotoria e esvaziar a percepção de que aquele que está sentado no banco dos réus, se não está lugar certo, pelo menos a ele não lhe cabe toda culpa.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

É comum na tradição oral situações de embate. Repentistas do nordeste, por exemplo, trabalham com improvisos e disputam entre si utilizando rima, ritmo e musicalidade. *Rappers* nos grandes centros duelam um contra o outro e ganham credibilidade nos seus grupos sociais.

No entanto, não estamos falando de uma disputa. O duelo, nesse caso, não é de um contra outro. O que se objetiva não é uma vitória interpessoal. Visa-se ao estabelecimento de uma verdade jurídica que está longe de ser absoluta. Uma verdade para fins de pacificação social e encerramento de um conflito.

O debate de ideias e argumentos pode levar, nesse caso ao encarceramento de um inocente ou a absolvição de um culpado. Da mesma forma que a não observação de certos atenuantes e agravantes pode gerar um aumento ou uma diminuição desmedida da pena.

Pode ser que “contra fatos não há argumentos” mas há sempre, no mínimo dois pontos de vista diante de um fato jurídico e para dar voz às partes processuais é que existe a figura do Advogado (*ad* = junto + *vocare* = chamar/convocar) aquele que é

a voz ou empresta a sua voz diante de um tribunal àqueles que desafortunadamente precisam.

Como a missão de advogar e dar voz ao ponto de vista representado, é que Defensores Públicos e Advogados de defesa não podem apenas contar o que aconteceu. A performance, como dito no início, valora o discurso, a argumentação e a contra-argumentação do início ao fim, fazendo com que o dito possa ser melhor entendido.

Nesse processo – não como peça processual, mas como procedimento – é preciso adentrar à vida das pessoas, lambuzar-se em suas vivências. Como nós pesquisadores das Poéticas Oraís vivamente tentamos nos embrenhar nas matas, nos campos e nos serrados, vivenciando o dia a dia das pessoas na busca de entender o que dizem a partir de uma visão aproximada a delas.

Há um jardim em cada um de nós que precisa ser explorado, mas há também um “Grande Sertão” que pulsa ininterruptamente. E como saber dessas “Veredas que se bifurcam” só olhando laudas de processos? Como fazer com que uma terceira pessoa, ou terceiras pessoas, que não estavam lá no dia em que aconteceu o suposto delito, não presenciaram a situação, entendam o ocorrido, senão tentando mergulhar no profundo das suas realidades e trazendo a tona em vozes e gestos os seus sentimentos e anseios?

É aí que entra a fruição como processo de percepção estética. Quando a arte imita a vida (*mimesis*) e nos faz sentir como se estivéssemos lá (*Catarsis*). Esse “presencismo” nos comove, nos induz e nos faz entender como a vida funciona (ARISTÓTELES, 2003).

Com isso, o Operador do Direito que tiver melhor oportunidade de aproximar a sua ótica à parte que defende, tem maiores possibilidades de performatizar sua defesa (ou acusação) no sentido de fazer com que o que se diga, toque, de fato, aqueles que escutam passivamente sentados, com a difícil tarefa de julgar e tentar encontrar uma verdade que encerre a questão.

Entretanto, não se pode ignorar que a técnica e o improviso são recursos que profissionais experientes fazem uso quando não se consegue um aprofundamento prévio.

Portanto, aqueles que conseguem aliar aprofundamento e técnica possuem maiores chances de terem suas teses aceitas perante, não somente o corpo de jurados, mas frente toda a sociedade ali representada.

Para maior aprofundamento dos estudos referentes a pesquisa em questão pretendemos analisar casos específicos, ou um conjunto de casos com a mesma temática para perceber se há alguma singularidade nas performances apresentadas pelos operadores.

Outra possibilidade de exploração prevista no projeto seria de analisar casos

amplamente divulgados na mídia e tentar perceber se há uma performatização maior neste que em outros por conta da exposição e notoriedade dos casos.

Acreditamos que este é um estudo que se vincula ao campo das poéticas da voz, porque a análise vista deste ângulo nos permite entender essas manifestações como algo que gera fruição e, com isso, prazer estético. Nesse envolvimento entre os operadores do direito e seus interlocutores é que acreditamos realizar-se o convencimento.

Se a argumentação se dá quando termina o óbvio a performance pode ser encarada como reforço ao processo suasório, agregando valor aos argumentos utilizados para convencer o auditório da tese defendida.

Dessa forma, é possível impedir que um inocente seja considerado culpado, ou que um possível culpado se livre solto. Mas o contrário não seria verdade, e a performance não poderia ser usada para fins escusos? Em relação a isso, cabe ao operador e seu travesseiro decidirem se fazem uso deste recurso argumentativo para o bem ou para o mal. Cabe aos profissionais do direito decidirem se valores éticos e morais devem estar acima do dinheiro.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, **Arte poética**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BORGES, Jorge Luis. **Ficciones**. Buenos Aires: Emecé Editores S. A., 1956.

Código do processo Penal, 1941.

Código Penal, 1940.

Constituição Federal, 1988.

FERNANDES, Frederico Augusto Garcia. **A voz e o sentido**: a poesia oral em sincronia. São Paulo: UNESP, 2007.

Decreto-Lei nº 3.689, 1941

_____. **Entre histórias e tererés**: o ouvir da literatura pantaneira. São Paulo: UNESP, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I. Niteroi, RJ: Impetus, 2017.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume II. Niteroi, RJ: Impetus, 2017.

Lei nº 11.689, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Guimarães. **Grande sertão**: veredas. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

ZUMTHOR, Paul. **Escritura e nomadismo**. Tradução de Jerusa Pires Ferreira e Sonia Queiroz. São Paulo: Ateliê, 2005.

_____. **Performance, recepção, leitura**. São Paulo: Cosac & Naify, 2007.

A REFORMA TRABALHISTA (LEI Nº 13.467/2017) E OS NOVOS PARADIGMAS DO TELETRABALHO NO BRASIL

Data de aceite: 23/03/2020

Data de submissão: 03/01/2020

Adriana Mendonça da Silva

São Luís – Maranhão

<http://lattes.cnpq.br/1495562463890501>

<http://orcid.org/0000-0002-2456-0534>

Nayhara Régia dos Santos Nogueira

São Luís - Maranhão

<http://lattes.cnpq.br/6966156089545716>

RESUMO: A influência da tecnologia nas relações de emprego contribuiu para o surgimento de novas modalidades laborais, em específico, o teletrabalho, que se apresenta como espécie do trabalho a distância. A regulamentação do teletrabalho surge diante da necessidade do mundo pós-moderno, cada vez mais tecnológico e assim, a legislação precisa se reinventar para se adequar às demandas sociais. O teletrabalho é caracterizado pela utilização de instrumentos informatizados e telemáticos, capazes de modificar o modo como se relacionam empregado e empregador. Objetiva-se discutir o teletrabalho e as suas implicações, bem como as modificações advindas com a Lei nº 12.551/11 e a Lei nº 13.467/

que inovam ao equiparar os meios pessoais de direção aos meios telemáticos e informatizados. O art. 75-B da CLT estabelece que a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo, confirmando assim, que a utilização destes meios tecnológicos é a exteriorização do poder de direção patronal, mediante subordinação. A legislação deve se adequar à realidade, regulamentando as relações de trabalho, com o fim de garantir os direitos fundamentais e a concretização dos princípios constitucionais sociais e o direito material trabalhista. Em boa parte dos países desenvolvidos e subdesenvolvidos o teletrabalho é uma realidade e, como tal, vem evoluindo com vistas a modernizar a seara trabalhista. O entendimento dos tribunais acerca desta temática vêm assegurando e ampliando direitos justralhistas com vistas a dar a efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana e o fundamento constitucional do valor social do trabalho, conforme art. 1º da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Trabalhista. Teletrabalho. Direito do Trabalho.

ABSTRACT: The influence of technology on employment relations has contributed to the emergence of new labor modalities, in particular, telework, which presents itself as a kind of work from a distance. The regulation of telework arises in the face of the need of the postmodern world, increasingly technological and thus, legislation must reinvent itself to suit social demands. Teleworking is characterized by the use of computerized and telematic tools capable of modifying the way employees and employers relate. The objective is to discuss teleworking and its implications, as well as the changes arising from Law 12,551 / 11 and Law 13467 / which innovate by equating personal means of management with telematic and computerized means. The art. 75-B of the CLT stipulates that the provision of services predominantly outside the employer's premises, using information and communication technologies which, by their nature, do not constitute external work, thus confirming that the use of these technological means is the externalization of the power of management, through subordination. Legislation must conform to reality, regulating labor relations, in order to guarantee the fundamental rights and implementation of social constitutional principles and labor material law. In many of the developed and underdeveloped countries, teleworking is a reality and, as such, has been evolving with a view to modernizing the labor market. The courts' understanding of this issue has been securing and expanding labor rights with a view to giving effect to the principle of the dignity of the human person and the constitutional basis of the social value of labor, according to art. 1 of the Constitution.

KEYWORDS: Labor reform. Telecommuting. Labor Law.

1 | INTRODUÇÃO

Com o advento da pós-modernidade houve um enorme progresso nas tecnologias da informação e comunicação. A globalização modificou o modo como as relações humanas acontecem, ou seja, o homem passou a se relacionar através de vários instrumentos telemáticos e informatizados. Tais inovações adentraram a seara justralhista e com isso as relações de trabalho sofreram mudanças consubstanciais.

Diante do novo cenário mercadológico, econômico, social e jurídico, a legislação positivada necessitou adequar-se à situação fática. As relações trabalhistas se modernizaram, fazendo surgir uma nova modalidade de trabalho: o teletrabalho.

O teletrabalho é uma espécie, assim como o trabalho em domicílio, do gênero trabalho a distância, que por sua vez, diz respeito ao labor realizado fora do estabelecimento comercial do empregador. O que diferencia teletrabalho do trabalho em domicílio é justamente a utilização da tecnologia como instrumento de trabalho

pelo empregado e instrumento de controle e supervisão pelo empregador. Desta feita, pode-se afirmar o quão imprescindível é a tecnologia nesta nova modalidade de trabalho.

Os doutrinadores jurtrabalhistas definiam o teletrabalho segundo o art. 62 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), ou seja, uma atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho. Neste caso, estaríamos diante de um labor com jornada de trabalho não controlada.

Em 2011, o teletrabalho foi reconhecido como relação de emprego através da Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011, que alterou o art. 6º da CLT equiparando o teletrabalhador ao trabalhador presencial, logo, o trabalho realizado a distância seria equiparado ao trabalho realizado no estabelecimento do empregador.

Para que não haja distinção entre o teletrabalhador e o trabalhador presencial, foi estabelecido um critério, qual seja, a caracterização dos pressupostos da relação de emprego, conforme o parágrafo único do art. 6º da CLT.

Dentre os pressupostos caracterizadores da relação de emprego, merece destaque a subordinação, pois é a situação jurídica derivada do contrato de trabalho que transfere ao empregador o poder de direção sobre a atividade desempenhada pelo empregado. O parágrafo único do art. 6º da CLT, incluído pela Lei nº 12.551/2011, inovou ao equiparar os meios pessoais de direção aos meios telemáticos e informatizados, confirmando assim, que a utilização destes meios tecnológicos é a exteriorização do poder de direção, preenchendo assim o requisito subordinação. A partir de então, pode-se afirmar que o teletrabalhador é de fato um empregado, com todos os direitos inerentes aos sujeitos da relação de emprego, pois está subordinado juridicamente ao empregador.

O Direito do Trabalho já considerava o trabalho a distância uma relação empregatícia, mas com a revolução técnico-científica, foi imprescindível que se discutisse a natureza jurídica do teletrabalho, que foi regulamentado como espécie do trabalho a distância, com o fito de garantir direitos fundamentais aos teletrabalhadores.

Ao passo que o empregado da modalidade teletrabalho faz jus aos direitos trabalhistas inerentes à relação de emprego, não mais se pode conceituar o teletrabalho como uma atividade incompatível com a fixação da jornada de trabalho, pois o poder de direção, através dos meios informatizados e telemáticos, possibilita ao empregador aferir a duração do horário de trabalho e assim fixar a jornada de trabalho do empregado.

Através desta pesquisa, objetiva-se discutir a modalidade de emprego teletrabalho e as suas implicações, bem como as modificações advindas com a Lei nº 12.551/11 e a Lei nº 13.467/2017. O trabalho a distância é todo e qualquer labor exercido fora do estabelecimento comercial do empregador, por sua vez, o

teletrabalho diferencia-se do trabalho em domicílio, em virtude da imprescindibilidade de utilização dos meios telemáticos e informatizados. Apresentar-se-ão as modalidades do teletrabalho: teletrabalho em domicílio, teletrabalho em telecentros e teletrabalho móvel.

Outro ponto a ser destacado são os impactos da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) na modalidade teletrabalho, em específico, o estabelecimento da jornada de trabalho do teletrabalhador. Vale ressaltar que o teletrabalhador só faz jus às horas extras uma vez que a sua jornada de trabalho é devidamente controlada. Assim, os meios telemáticos e informatizados devem ser utilizados também para este fim, fazendo com os teletrabalhadores tenham os seus direitos trabalhistas assegurados.

A pesquisa é bibliográfica, através do uso de periódicos, doutrinas, dissertações e julgados.

2 | TELETRABALHO

Sociólogos e filósofos têm estudado a denominada “pós-modernidade” com o fito de compreender como acontecem as relações neste novo cenário. Há quem interprete como “hipermodernidade”, outros preferem o vocábulo “modernidade líquida”, para o Direito do Trabalho, interessa tratar de como a modernidade trouxe à baila um novo paradigma nas relações trabalhistas (GARCIA, 2013).

O avanço técnico-científico proporcionou, inclusive, novas formas de interação e de exercício do poder de direção do empregador para com o empregado, através da utilização de recursos eletrônicos, de informática e telecomunicação.

Importante ressaltar que nesta nova realidade é possível que o empregado desempenhe o seu ofício de um lugar diverso do estabelecimento do empregador, ficando assim prescindível a presença física do empregado no estabelecimento comercial.

A CLT é de 1943 e por este motivo precisou se modernizar para acompanhar as mudanças sócio-econômicas neste cenário pós-moderno. Tem-se hoje a era da globalização e por este motivo, precisa atender através da legislação celetista todas as relações jurídicas inerentes a este ramo do Direito, principalmente aquelas não contempladas pela CLT, assim, o texto celetista positivado necessita de reformas e complementações.

Com a modernidade, o texto positivado mantém-se em algumas situações obsoleto, fazendo com que haja complementação legislativa para que a norma seja capaz de adequar-se ao mundo fático. Neste ínterim, a Lei nº 12.551/2011, que alterou o art. 6º da CLT, reconheceu o trabalho à distância e equiparou os meios de comando (telemáticos e informatizados) desta modalidade de trabalho aos meios

pessoais e diretos que propiciam ao empregador exercer o seu poder de direção, caracterizando, assim, o pressuposto jurídico da subordinação (RESENDE, 2014).

Com a inovação legislativa, entende-se que o trabalho à distância é um gênero que tem como espécies o trabalho em domicílio e o teletrabalho. O trabalho em domicílio é aquele prestado fora do estabelecimento do empregador, ou seja, na residência do próprio empregado. Para que seja caracterizado como trabalho deve ser o ofício desempenhado em favor do empregador, sob a supervisão e direção deste, caracterizando, portanto, a subordinação. Requer-se também a contraprestação, não há que se falar em trabalho em domicílio na ausência de pagamento de salário.

Conforme estabelece o art. 70 do Código Civil, “domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”. A legislação celetista, por sua vez, conceituou o trabalho em domicílio como aquele “executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta do empregador que o remunere”. Importante compreender que “oficina de família” é exatamente o espaço físico onde o empregado executará o seu ofício (DELGADO, 2016).

Entretanto, a doutrina flexibilizou os conceitos supracitados com o fito de abranger um número maior de empregados que laboram fora do estabelecimento do empregador, garantindo-lhes acesso aos direitos garantidos constitucionalmente. Assim, domicílio é o lugar onde o empregado presta serviço ao empregador, sem a fiscalização direta e pessoal deste, pois se trata de local fora do estabelecimento comercial do empregador.

O fato de o ofício ser desempenhado fora do estabelecimento comercial do empregador, não exime o empregado de preencher os requisitos inerentes à qualidade de empregado bem como os pressupostos caracterizadores da relação de trabalho, uma vez que não há que se falar em relação jurídica de trabalho e/ou emprego quando da ausência destes pressupostos, conforme os arts. 2º e 3º da CLT.

Sabe-se que o trabalho deve ser desenvolvido de maneira pessoal, pelo próprio empregado, que por sua vez é pessoa física, este empregado deve desempenhar o ofício de maneira habitual, sob a subordinação do seu empregador, no caso em discussão, através de meios de telecomunicação, e por fim, de maneira onerosa. No caso do trabalho em domicílio, os requisitos mais atenuados são a pessoalidade e a subordinação, pelo caráter excepcional com que o poder de direção será exercido nesta modalidade de trabalho (LEITE, 2017).

É claro que a doutrina tem flexibilizado o caráter de pessoalidade na seara do trabalho em domicílio, desde que a prestação deste não assumam um caráter de empreendimento familiar. Acerca da subordinação, este pressuposto pode ser analisado através da presença do controle e supervisão sobre o labor desempenhado

pelo empregado. Importante distinguir a figura do trabalhador em domicílio com o trabalhador avulso, uma vez que este último assume os riscos da atividade e não possui vínculo de subordinação com o empregador.

O teletrabalho é uma espécie do gênero trabalho a distância e diferencia-se de outras modalidades não somente pelo fato do ofício ser desempenhado fora do estabelecimento do empregador, mas principalmente pela forma como o trabalho é desenvolvido, qual seja, através de recursos telemáticos e/ou informatizados. Vive-se na era tecnológica e por isso, as relações trabalhistas também se tornaram mais dinâmicas para acompanhar o mundo globalizado.

Importante ressaltar que o teletrabalho é uma modalidade de relação empregatícia, logo, deve preencher os requisitos inerentes a esta relação, conforme já fora bastante explicado no decorrer deste trabalho. Outro aspecto importante é o fato que a sociedade pós-moderna exige um fluxo de informações em tempo recorde e assim, o teletrabalho desempenha um papel fundamental no que diz respeito a quebra de barreiras geográficas (MARTINS, 2011).

Com as dificuldades financeiras suportadas por todo empresário, em específico o empresário brasileiro nos dias atuais onde o nosso país enfrenta uma crise política, social e econômica, faz-se necessário encontrar meios de produzir mais com menos, ou seja, de otimizar a cadeia produtiva gastando menos e produzindo mais. Ao passo que o empregado consegue produzir e obter bons resultados trabalhando em casa, diminuindo, portanto, os custos de manutenção de um estabelecimento comercial, pode-se afirmar que o teletrabalho é uma hipótese de enfrentamento da crise que assola o nosso país.

Há que se considerar também o relacionamento entre empregado e empregador, que não se mantém desgastado com a rotina do dia a dia pessoalmente, uma vez que o poder diretivo, ainda que exercido pelo empregador, inclusive para que haja configurada a subordinação e a relação estabelecida seja de fato empregatícia, acontece, no teletrabalho, não de maneira pessoal, mas através de instrumentos capazes de aproximar os sujeitos da relação de emprego tornando o relacionamento mais saudável e qualitativo. O que corrobora consubstancialmente para uma produtividade maior, pois empregado satisfeito é empregado produtivo (LEITE, 2017).

Por outro lado, não se pode esquecer da impessoalidade dos relacionamentos extremamente virtuais, há que se manter um equilíbrio onde uma linha tênue separa o poder de direção através de instrumentos informatizados e telemáticos do cerceamento de privacidade, pois uma vez que o empregado se mantém online através das ferramentas de comunicação, confunde-se o seu horário de trabalho com o horário de descanso.

O artigo 6º da CLT trata do trabalho a distância, mas é necessário diferenciar

o trabalho em domicílio do teletrabalho. Ao passo que o teletrabalho pode ser desempenhado em diversas atividades, o trabalho em domicílio diz respeito aos ofícios mais manuais.

Conforme a etimologia da palavra ressalta, o trabalho a distância normalmente é realizado fora do estabelecimento comercial do empregador e na residência do empregado, entretanto, a doutrina postula que há exceções a este entendimento, pois existem na atualidade centros de trabalho que estão fora do estabelecimento e fora da residência, seria uma terceira opção ao empregado, ou seja, seria o “estabelecimento de trabalho dos empregados” e não do empregador.

O teletrabalho figura como um novo tipo de trabalho descentralizado, através de centros de trabalho, de “centros satélites”, pois o empregado continua em contato com o empregador, que por sua vez, exerce o poder de direção.

Aliás, essa nova forma de trabalhar poderá ser também transregional, transnacional e transcontinental. Esse tipo de trabalho permite até mesmo a atividade em movimento. Ele é executado por pessoas com média ou alta qualificação, as quais se utilizam da informática ou da telecomunicação no exercício das atividades (BARROS, 2010, p.349).

Visto que o teletrabalho é considerado uma modalidade do trabalho a distância que por sua vez, ao apresentar os requisitos caracterizadores da relação empregatícia, atribui ao trabalhador o status de empregado, deve-se observar que é imprescindível a igualdade de tratamento entre trabalhadores a distância e as demais modalidades de trabalho e emprego, nos moldes do art. 5º, *caput* e art. 7º, inc. XXXII da Constituição Federal.

O teletrabalho se classifica em teletrabalho em domicílio, teletrabalho em telecentros e teletrabalho móvel.

Quando o trabalho é realizado na própria residência do empregado, tem-se o teletrabalho em domicílio. O teletrabalho em telecentros se dá quando o ofício é desempenhado fora do estabelecimento comercial do empregador e fora da residência, acontece em estruturas compartilhadas por outros empregados. Já o teletrabalho móvel trata-se de teletrabalho com localidade indeterminada, podendo ocorrer em qualquer lugar. Desta feita, todo teletrabalho é um trabalho a distância, mas nem todo trabalho a distância é um teletrabalho, pois pode ser um trabalho a distância sem a utilização de recursos telemáticos e/ou informatizados.

3 | A LEI Nº 12.551/2011 E O ART. 6º DA CLT

Com o objetivo de acompanhar as mudanças ocorridas, principalmente no século XXI, o legislador brasileiro identificou uma lacuna normativa no que diz respeito ao teletrabalho. A realidade na seara trabalhista mudou e a legislação

celetista precisa se adequar ao novo cenário fático. A CLT deve assegurar os direitos sociais e fundamentais aos empregados, ao passo que surge um novo tipo de relação empregatícia, faz-se imprescindível que esta relação seja assegurada tal qual as demais pré-existentes.

No ordenamento jurídico brasileiro, estas questões adentram o Judiciário e são discutidas nas cortes superiores dos tribunais com o objetivo de manter um entendimento uníssono dirimindo os conflitos e preenchendo as lacunas. Foi o que ocorreu com a discussão acerca da existência ou não do vínculo empregatício no teletrabalho. Senão se veja parte do acórdão do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

[...] Dentro desse novo, moderno e atualizado enfoque de subordinação, os trabalhadores em domicílio, mesmo enquadrando-se no parâmetro do home office, podem sim, ser tidos como subordinados e, desse modo, efetivos empregados. Não obstante, não se pode negar que, de maneira geral, em princípio, tais trabalhadores enquadram-se no tipo jurídico excetivo do art. 62 da CLT, realizando o parâmetro das jornadas não controladas de que fala a ordem jurídica trabalhista (art.62, I,CLT). [...] (TST – 6ª TURMA, 2010)

Diante da lacuna supracitada e dos conflitos e divergências jurisprudenciais, a Lei nº 12.551/2011 alterou o artigo 6º da legislação celetista. O objetivo da lei foi justamente regulamentar as novas tecnologias da informação e da comunicação utilizadas nas relações trabalhistas, em específico nas relações empregatícias. O *caput* do artigo ratificou o entendimento assegurado constitucionalmente, onde é vedado qualquer tipo de discriminação entre trabalhadores à distância e os demais trabalhadores e sua parte final chama a atenção para a necessidade de preenchimento dos pressupostos que caracterizam a relação como relação de emprego: pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

A subordinação é um pressuposto imprescindível e de difícil aferição no teletrabalho, em virtude da ausência do poder diretivo pessoal. Mas acerca deste ponto, o parágrafo único do art. 6º da CLT encarregou-se de equiparar os meios telemáticos e informatizados aos meios pessoais. Assim, a legislação celetista ratifica a situação de empregado aos trabalhadores à distância, em específico os teletrabalhadores (NASCIMENTO, 2011).

É importante analisar que a alteração realizada pela Lei nº 12.551/2011 efetivou uma das máximas do Direito do Trabalho, qual seja, compreender o maior número de modalidades de empregados para que assim, um maior número de trabalhadores tenha os seus direitos assegurados. Trata-se de uma norma com caráter expansionista, equiparando o controle a distância ao controle direto e ratifica a seara justralhista no Estado Democrático de Direito.

O trabalho a distância já era reconhecido como vínculo empregatício, a inovação é justamente no teletrabalho, a partir do momento que o legislador assume esta nova modalidade de emprego, detentora dos requisitos caracterizadores da relação de

emprego que precisa ser amparada pela norma positivada (NASCIMENTO, 2011).

Nessa modalidade de trabalho, ao passo que há uma redução nos custos do empregador, principalmente no que diz respeito à manutenção do estabelecimento comercial, enfrenta-se prejuízos à vida íntima do empregado, pois se confunde o horário de trabalho com o horário de descanso, uma vez que empregado e empregador mantém contato constantemente, e é através deste contato que o empregador exerce o seu poder de fiscalização e direção.

4 | TELETRABALHO E A REALIZAÇÃO DE HORAS EXTRAS

Jornada de trabalho é o tempo diário de prestação de serviços, tempo à disposição do empregador bem como os intervalos remunerados. A Constituição de 1988 determina que o trabalhador possui jornada diária de até 8 (oito) horas e jornada semanal até 44 (quarenta e quatro horas).

Delgado (2016) assevera que o “tempo de disponibilidade contratual” possui três expressões: jornada de trabalho, duração do trabalho e horário de trabalho.

A jornada de trabalho, por sua vez, tem uma definição mais restrita, se tratando do tempo que o empregador poderá usufruir da força de trabalho do empregado, ou seja, é o tempo à disposição do empregador. Importante ressaltar que o Direito do Trabalho vem avançando sobre este tema, ampliando o conceito de jornada e inserindo dentro da jornada de trabalho intervalos intrajornadas remunerados. O horário de trabalho é exatamente o tempo entre o início e o fim de uma atividade laborativa. A CLT, por sua vez, determina que o horário de trabalho, inclusive, seja afixado de maneira visível no local de trabalho, nos moldes do art. 74 da legislação celetista.

Ao passo que o empregado tem o seu horário de trabalho modificado e, por conseguinte, a jornada de trabalho alterada, caracteriza-se o instituto do trabalho extraordinário, onde o empregado faz jus ao recebimento de horas extras, nos moldes da legislação celetista.

O pagamento das horas extras deve ser realizado no montante de no mínimo 50% (cinquenta por cento) do valor da hora normal, conforme disposição da Constituição Federal de 1988.

Para que um empregado faça *jus* às horas extras, a sua jornada precisa ser controlada, seja através de ponto eletrônico, ponto manual ou mesmo pessoalmente através de supervisor. O teletrabalhador, nem sempre tem a sua jornada controlada e por este motivo não faz jus às horas extras, *ex vi* do disposto no art. 62 da CLT.

O teletrabalhador não tem a sua jornada de trabalho fiscalizada e por isso é incluído na exceção do artigo 62, III da CLT. Todavia, o empregador pode monitorar o empregado através de câmeras, aplicativos no computador, celular etc., exercendo

assim o seu poder diretivo de controle, e assim, o empregado tem o direito receber pagamento referente às horas extras, se houver (CASSAR, 2017).

Ao passo que o teletrabalhador faz jus ao recebimento de horas extras enquanto direito constitucionalmente assegurado, é fundamental que haja mecanismos de controle de jornada para que o direito seja efetivado, entretanto, não havendo nenhuma possibilidade de aferição da jornada, não há que se falar em hora extra, por óbvio.

Assim, faz-se necessária a conexão e o contato entre empregado e empregador, através de meios informatizados, como softwares, sistemas de *login* e *logout* e os meios telemáticos. Contudo, não se pode afirmar que são meios de controle infalíveis, pois são passíveis de erros, mas não o suficiente para que se afirme que o sistema de horas extras é incompatível com a modalidade de teletrabalho.

Outro fator importante discutido pela doutrina é o fato do teletrabalho proporcionar ao empregado uma liberdade quanto ao local de prestação do serviço e os horários que melhor lhe convém. Uma vez que o próprio empregado prefere produzir a noite, não há que se falar em adicional de hora noturna, assim como escolher trabalhar os finais de semana não ensejará repouso remunerado em dobro, pois tais verbas só deveriam ser pagas caso fosse impositivo do empregador tais peculiaridades (BARROS, 2015).

Desta feita, conclui-se que a norma autoriza o cômputo de jornada de trabalho na modalidade de teletrabalho através dos meios eletrônicos e informatizados, provenientes da nova realidade pós-moderna, pois não há nenhuma vedação com relação à jornada extraordinária do teletrabalhador, e mais, a prestação de serviço em caráter de extrajornada ensejará no pagamento de horas extras, nos moldes da legislação celetista, constitucional e jurisprudencial.

5 | TELETRABALHO E A REFORMA TRABALHISTA

A Lei nº 13.467/17 alterou profundamente a CLT. O art. 75-B passa a considerar como teletrabalho “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”.

Até o advento da Reforma Trabalhista, a última inovação acerca do teletrabalho datava de 2011, através da Lei nº 12.551/11, que alterou o art. 6º da CLT. As alterações acerca do teletrabalho aconteceram através do art. 62, inc. III e arts. 75-A ao 75-E, todos da CLT.

O art. 62, inc. I da CLT determina que os trabalhadores que exercem atividade externa não estão abrangidos pelo regime de fixação de jornada de trabalho, assim, estariam os teletrabalhadores inclusos neste dispositivo comprometendo a

remuneração de horas extras. Entretanto, afirma-se que tal dispositivo será aplicado somente em casos de impossibilidade de fixação da jornada de trabalho, conforme o artigo supra, em casos de ofícios incompatíveis com a fixação.

O art. 75-B nos trouxe a definição de teletrabalho como a “prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”. Além da definição, determinou que o comparecimento do empregado no estabelecimento comercial não desconfigura o teletrabalho.

Atualmente a lei exige que todas as atividades da modalidade teletrabalho devem ser explicitadas desde o contrato de trabalho, contemplando inclusive a possibilidade de alteração do contrato de teletrabalho para o trabalho presencial.

No que concerne aos instrumentos informatizados e telemáticos, a reforma trabalhista determinou que seja de responsabilidade do empregado, vislumbra-se, desde logo, o prejuízo neste sentido, de transferir os ônus da atividade empresária, que deve ser do empregador, visto que esta é um requisito caracterizador da figura do empregador, ao empregado.

Contudo, ao analisar o art. 75-D da CLT, observa-se que não ocorre a transferência para o empregado das despesas relativas à atividade, pois essas são do empregador. O que é determinado no texto é que o reembolso das despesas com os instrumentos de trabalho deve ser previsto em sede contratual.

Se analisar que o objetivo da relação de emprego é que haja a prestação de um serviço e uma contraprestação, deve o empregador buscar a capacidade técnica de desempenho do ofício em detrimento da condição sócio-econômica do empregado de disponibilizar a si próprio os instrumentos para execução do trabalho.

Por fim, cabe aqui ressaltar que todas as modificações advindas da Reforma Trabalhista devem ser analisadas diante do caso concreto, em decorrência das peculiaridades da modalidade teletrabalho.

6 | ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Diante da importância da jurisprudência no Direito do Trabalho, analisa-se a jurisprudência acerca do teletrabalho, para compreender qual o entendimento dos tribunais acerca desta modalidade de emprego à distância. Antes do advento da Lei nº 12.551/2011, os tribunais já entendiam que os trabalhadores em domicílio eram efetivos empregados, em decorrência do preenchimento dos requisitos caracterizadores da relação empregatícia, conforme o aresto do TRT da 3ª Região, destaca-se:

RELAÇÃO DE EMPREGO. A prestação de serviços na residência do empregado não constitui empecilho ao reconhecimento da relação de emprego, quando presentes os pressupostos exigidos pelo artigo 3º da CLT, visto que a hipótese apenas evidencia trabalho em domicílio. Aliás, considerando que a empresa forneceu equipamentos para o desenvolvimento da atividade, como linha telefônica, computador, impressora e móveis, considero caracterizada hipótese de teletrabalho, visto que o ajuste envolvia execução de atividade especializada com o auxílio da informática e da telecomunicação (TRT – 3ª R – RO 977/2009-129-03-00.7 – Rel. Jesse Claudio Franco de Alencar – DJe 26/11/2009 – p. 97).

Outro importante requisito na caracterização da relação empregatícia é a não eventualidade. Alguns trabalhos são marcados pela ausência da continuidade e por isso são enquadrados como relação de trabalho e não relação de emprego. Com o advento da informática e a evolução da Educação na modalidade a distância, cada vez mais possuem professores que trabalham como tutores, muitas vezes, a denominação é com o objetivo de afastar o vínculo empregatício. Desta feita, o TRT da 3ª Região também decidia, desde 2010, que o professor na modalidade de ensino à distância, independentemente da duração dos cursos ministrados, trabalha de maneira contínua e, portanto faz jus à aos direitos trabalhistas inerentes aos empregados. Destaca-se:

VÍNCULO DE EMPREGO. PROFESSOR. CURSOS À DISTÂNCIA. Como bem destaca a r. sentença recorrida, o reclamante foi contratado intuitu personae para trabalhar no assessoramento dos cursos à distância. [...] Em se tratando de ensino à distância não é imprescindível a presença física do empregado no estabelecimento de ensino diariamente para que haja a configuração da relação de emprego, como ocorre com o trabalho externo e com o teletrabalho. Quem se insere num Projeto Pedagógico de Cursos à Distância, trabalha para o empregador em casa, participa de uma equipe de teletrabalho ou que seja contratado para trabalhar on line sozinho em casa, tem plenamente preenchido o requisito da não eventualidade necessária para a proclamação judicial da existência do vínculo jurídico de emprego. (TRT – 3ª R – 3ª T – RO 00423-2009-042-03-00-1 RO – Rel. Milton V. Thibau de Almeida – DJe 8/2/2010).

O posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) também era no sentido de equiparar os trabalhadores à distância como empregados, destacando a importância do pressuposto subordinação, em específico, subordinação estrutural.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. HOME OFFICE: ENQUADRAMENTO E EFEITOS JURÍDICOS. OUTROS TEMAS: SUBSTITUIÇÃO. ACÚMULO DE FUNÇÕES. HORAS EXTRAS. ADICIONAL NOTURNO. HORAS DE SOBREAVISO. FÉRIAS INTERROMPIDAS. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. O teletrabalho e o trabalho em domicílio (home office) tornaram-se frequentes nas últimas décadas em face da invenção, aperfeiçoamento e generalização de novos meios comunicacionais, ao lado do advento de novas fórmulas organizacionais e gerenciais de empresas e instituições. [...] Dentro deste novo, moderno e atualizado enfoque da subordinação, os trabalhadores em domicílio, mesmo enquadrando-se no parâmetro do home office, podem, sim, **ser tidos como subordinados e, desse modo, efetivos empregados**. Não obstante, não se pode negar que, de maneira geral, em princípio, tais trabalhadores enquadram-se no tipo jurídico excetivo do art. 62 da CLT, realizando o parâmetro das jornadas não controladas de que fala a ordem jurídica trabalhista (art. 62, I, CLT). [...] Na mesma linha, o fornecimento pelo empregador, plenamente ou

de modo parcial, de equipamentos para a consecução do home office obreiro (telefones, microcomputadores e seus implementos, etc.) não caracteriza, regra geral, em princípio, salário in natura, em face de seus preponderantes objetivos e sentido instrumentais. Agravo de instrumento desprovido (TST – 6ª T – AIRR 62141-19.2003.5.10.0011 – Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado - DJ 16/4/2010).

Entretanto, enquadrava tais empregados na regra do art. 62, I da CLT, que não estavam protegidos pelo regime de duração do trabalho. Logo, o TST entendia que os trabalhadores à distância eram empregados de fato, mas não faziam jus a remuneração referente às horas extras, uma vez que não seria possível fixar a jornada de trabalho destes empregados, requisito inerente a extrajornada. Em 2010, o TRT da 3ª Região discutiu acerca da possibilidade de teletrabalho quando o empregado labora presencialmente fora do Brasil.

O art. 83 da CLT conceitua o trabalhador a distância como “aquele que, diversamente da maioria dos empregados, trabalha em sua própria residência ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere”. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) define que o teletrabalho é aquele desempenhado fora do estabelecimento comercial do empregador, ou seja, “distante dos escritórios centrais”.

Ao passo que o empregado desempenha a sua função em seu domicílio, utilizando meios informatizados e telemáticos, este realiza teletrabalho. No caso em epígrafe, trata-se de um empregado que laborava presencialmente no exterior e na modalidade teletrabalho no Brasil e, por conseguinte discutia-se em sede de Recurso Ordinário a competência territorial trabalhista. Veja-se o entendimento da jurisprudência:

COMPETÊNCIA TERRITORIAL - TRABALHO PRESENCIAL NO EXTERIOR E VIRTUAL NO PAÍS - SUBORDINAÇÃO AO ESTABELECIMENTO DA EMPRESA NO BRASIL - COMODIDADE DO TRABALHADOR - PRINCÍPIOS JURÍDICOS DA JURISDIÇÃO. 1. Em depoimento pessoal o reclamante recorrente esclareceu ao Juízo que “foi contratado por telefone, quando residia em Curitiba para trabalhar 30 dias em Luanda, Angola e 14 dias no Brasil”. Portanto, inequivocamente, o foro da contratação do reclamante recorrente é a localidade de Curitiba, Estado do Paraná. Embora o reclamante recorrente afirme que trabalhava no Brasil em sistema de “home office” em Curitiba/PR, Salvador/BA e Belo Horizonte/MG, nenhuma das reclamadas possui estabelecimento na localidade de Belo Horizonte. [...] Desta forma a definição da competência territorial da Justiça do Trabalho para a hipótese do trabalhador brasileiro que presta serviços presenciais no exterior e teletrabalho em solo brasileiro, é ditada por interpretação analógica (artigo 8o, caput, da CLT) do preceito do artigo 651, § 1o, da CLT, que estabelece a regra da competência territorial para hipótese do trabalho externo (prestado por agente ou viajante comercial), fixando-a na localidade em que a empresa tenha agência ou filial no Brasil, à qual esteja subordinado o empregado na execução do contrato de trabalho presencialmente no exterior e em ambiente virtual no Brasil. [...]

(TRT-3 - RO: 00435201001603003 0000435-68.2010.5.03.0016, Relator: Milton V.Thibau de Almeida, Terceira Turma, Data de Publicação: 18/10/2010, 15/10/2010. DEJT. Página 49. Boletim: Sim.)

Depreende-se do julgado acima que a competência territorial justrabalhista não deve ser alterada ou mesmo extinta em virtude da flexibilidade territorial na modalidade teletrabalho, uma vez que este ocorre virtualmente não podendo ser situado no espaço. Ainda que o ordenamento jurídico não discipline os limites territoriais envolvendo transnacionalização do trabalho, a competência e delimitação territorial devem atender aos preceitos fundamentais da jurisdição.

Desta feita, no que diz respeito à competência territorial, a jurisprudência do tribunal supra, entende que se dá na localidade em que a empresa tenha agência ou filial, pois é neste local que se encontra subordinado o empregado, presencialmente no exterior e em ambiente virtual no Brasil. Em 2011 foi editada a Lei nº 12.551/2011, em decorrência do advento do teletrabalho como realidade para muitos empregadores e empregados, conforme a justificativa do Projeto de Lei nº 3.129/2004 transcrita:

A revolução tecnológica e as transformações do mundo do trabalho, exigem permanentes transformações da ordem jurídica com o intuito de apreender a realidade mutável. O tradicional comando direto entre o empregador ou seu preposto e o empregado, hoje sede lugar, ao comando a distância, mediante o uso de meios telemáticos, em que o empregado sequer sabe quem é o emissor da ordem de comando e controle. O Teletrabalho é realidade para muitos trabalhadores, sem que a distância e o desconhecimento do emissor da ordem de comando e supervisão, retire ou diminua a subordinação jurídica da relação de trabalho (BRASIL, 2011).

Assim, a Lei nº 12.551/2011 entrou em vigor e alterou o art. 6º da CLT e recebeu um parágrafo único que equiparou para fins de subordinação os meios informatizados e telemáticos aos meios pessoais de supervisão e direção.

A jurisprudência já entendia ser o trabalhador a distância um verdadeiro empregado, a partir de 2011 passa a equiparar o teletrabalhador ao trabalhador a domicílio, que por sua vez é um empregado, quando caracterizados os requisitos inerentes à relação empregatícia.

Nesta toada, o TRT da 4º Região afirmou que o contrato de emprego está fundado na dependência jurídica do empregado em relação ao empregador. A dependência jurídica, entre outros fatores, faz referência ao poder diretivo do empregador, que orienta o ofício a ser desempenhado, caracterizando indubitavelmente a relação empregatícia, nos moldes do julgado colacionado:

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. VÍNCULO DE EMPREGO. TELETRABALHO. EDITOR ESPORTIVO. A nota fundamental do contrato de emprego é a dependência do empregado em relação ao empregador e, ao falar em dependência, o artigo 3º da CLT está, inequivocamente, fazendo referência à dependência jurídica, que equivale à subordinação, decorrente do direito do empregador de dispor do trabalho. Daí o direito de comando, que se desdobra nos atos de regulamentar, fiscalizar e orientar o trabalho. No caso dos autos, o autor demonstra ter prestado serviços à demandada na função de editor, em atividades de correspondente esportivo, mediante o preenchimento dos elementos necessários à declaração da relação de emprego. Apelo provido com

determinação de retorno dos autos à Origem para análise dos demais pleitos da inicial, sob pena de supressão de instância. (TRT-4 - RO: 00007958920135040009, Data de Julgamento: 23/06/2017, 2ª Turma)

O TRT da 3ª Região, em 2016, ratificou que com a evolução dos meios de prestação de serviços, novas modalidades surgiram, uma delas foi o teletrabalho. Já estava pacificado o entendimento do teletrabalhador como empregado, agora se discutia a possibilidade de fixação da jornada, uma vez que fora do estabelecimento comercial e do poder diretivo pessoal do empregador, tornava-se mais difícil contabilizar e regular a jornada de trabalho.

A importância deste instituto recaía justamente na percepção, pelo empregado, de remuneração referente à extrajornada. Por óbvio, para identificar se o empregado fazia jus às horas extras era imprescindível fixar e aferir a jornada de trabalho ordinária. O TRT da 7ª Região entendeu que a não aferição da extrajornada é suficiente para indeferir o pedido de horas extras, destaca-se:

SENTENÇA. MANUTENÇÃO PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. A parte recorrente não apresenta provas da alegada jornada de trabalho despendida em casa, sendo, portanto, correto o entendimento do Juízo de 1º grau de indeferir o pedido de horas extras de teletrabalho e dos demais pedidos dele decorrentes. Correta a decisão atacada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos (art. 895, § 1º, IV, CLT). (TRT-7 - RO: 00006359420155070014, Relator: FRANCISCO TARCISIO GUEDES LIMA VERDE JUNIOR, Data de Julgamento: 10/11/2016, Data de Publicação: 11/11/2016)

Diante da possibilidade de comprovação da atividade laborativa em sede de extrajornada, o empregado faz jus às horas extras, conforme decidiu o TRT da 3ª Região em sede de Recurso Ordinário:

HORAS EXTRAS. TELETRABALHO. Como corolário do desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, constata-se a evolução nos modos de prestação do trabalho e, num misto de vantagens e desvantagens sob a ótica jus trabalhista, surgiu o teletrabalho. Assim, havendo a menor possibilidade de aferição da jornada trabalhada por esse empregado, ainda que de forma mista (em ambiente institucional e home office), as horas prestadas em sobrejornada devem ser devidamente remuneradas, na forma do art. 7º, XVI, da Constituição da República.

(TRT-3 - RO: 00101320520165030178 0010132-05.2016.5.03.0178, Segunda Turma).

Desta feita, com base no artigo 7º, inc. XVI da Constituição, o Tribunal entendeu que o teletrabalhador não só fazia jus à remuneração da hora extra, como o fazia nos moldes da legislação constitucional, ou seja, no patamar superior a 50% da hora normal.

7 | CONCLUSÃO

Através desta pesquisa compreende-se que o instituto trabalho foi

revolucionado com a pós-modernidade e o uso de tecnologias da informação e comunicação. A tecnologia influencia, sobremaneira, no modo como as relações jurídicas acontecem atualmente, em específico, as relações trabalhistas com o advento de uma nova modalidade empregatícia, a saber, o teletrabalho.

Empregado e empregador passaram a desempenhar os seus papéis de modo que, o contato pessoal não mais seria imprescindível para caracterizar a relação como empregatícia, pois o poder supervisor e diretivo do empregador passou a ser exercido à distância, com a utilização de meios telemáticos e informatizados. Desta feita, os requisitos caracterizadores da relação empregatícia, em específico, a subordinação, foi redesenhada, assumindo um novo patamar, o da subordinação jurídica a distância.

A Lei nº 12.551/2011 alterou o art. 6º da CLT, primeiramente equiparou os teletrabalhadores aos trabalhadores presenciais, bem como reconheceu o vínculo empregatício na modalidade teletrabalho. O *caput* do art. da 6º da CLT ratificou este entendimento equiparando os meios telemáticos e informatizados aos meios pessoais de direção.

Sobre o teletrabalho analisou-se a possibilidade do teletrabalhador fazer jus às horas extras e concluiu-se que para isto deve a jornada de trabalho deste empregado ser devidamente fixada e aferida através de meios tecnológicos. Portanto, sendo inviável ao empregador controlar a jornada, o empregado não fará jus à remuneração de extrajornada.

A Reforma Trabalhista trouxe à baila implicações substanciais ao teletrabalho, a primeira delas foi trazer o vocábulo teletrabalho ao texto celetista, nos moldes do artigo 75-B da CLT. No que tange a disponibilização dos instrumentos de trabalho pelo empregado, deve-se concluir que a norma trata da disposição do reembolso desde o contrato de trabalho, portanto, não se deve afirmar que com a Reforma o empregado deverá arcar com os ônus empresariais, pois estaríamos diante da descaracterização, inclusive, da figura do empregador, consolidada e positivada no texto normativo celetista, como responsável pelos riscos da atividade empresarial.

Importante conhecer a realidade das legislações acerca do teletrabalho em outros países, inclusive para avaliar a realidade brasileira. Assim, fez-se um apanhado de países que foram objeto do relatório da Organização Mundial do Trabalho e da Eurofound e assim identificou-se que estes possuem legislação que contemple o teletrabalho, com destaque para a Suécia que possui um enorme contingente de trabalhadores na modalidade teletrabalho, garantindo eficiência na seara laborativa e qualidade de vida aos trabalhadores.

Neste sentido, concluiu-se que o mundo vem se tornando cada vez mais moderno, o uso da tecnologia está cada vez mais presente em todas as relações jurídicas e com as relações trabalhistas não seria diferente. Estamos na pós-

modernidade, onde empregado e empregador podem fazer reuniões através de aplicativos no celular, onde contratos laborais podem ser firmados a distância e o modo como se relacionam os sujeitos destas relações transcende os limites geográficos. Assim, a legislação deve se adequar à realidade, abrangendo o maior número possível de trabalhadores, com o fito de assegurar-lhes direitos fundamentais. Em boa parte dos países desenvolvidos e subdesenvolvidos o teletrabalho é uma realidade, e como tal, vem evoluindo com vistas a modernizar a seara trabalhista.

Por fim, imprescindível analisar o entendimento dos tribunais acerca desta temática, para compreender que, o teletrabalho, apesar de já discutido desde os anos 2000, ainda tem um longo caminho a trilhar. A jurisprudência é uníssona ao equiparar os teletrabalhadores aos empregados, informando que estes possuem vínculo empregatício e fazem jus aos direitos inerentes à condição.

Os Tribunais do Trabalho vêm assegurando e ampliando direitos justralhistas com vistas a garantir a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana e o fundamento constitucional do valor social do trabalho, conforme art. 1º da Constituição.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: 2016, Ltr.

BRASIL, Código civil, 2002. Disponível em: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/wcms_544108/lang--en/index.htm> Acesso em: 28 mai. 2018.

_____. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a consolidação das leis do trabalho (clt), aprovada pelo decreto-lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, de 14 jul. 2017.

_____. Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm> Acesso em: 02 jun. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no mandado de injunção n.20/df. Relator: Mello, Celso de. Publicado no DJ de 22-11-1996 p. 45690. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=ac&docid=81733>. Acesso em: 02 jun. 2018

CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Método, 2017.

_____. **Direito do trabalho**. 9. ed. rev e atual. São Paulo: Método, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Sobreaviso e súmula nº 428 do tribunal superior do trabalho. **Revista Síntese**: trabalhista e previdenciária, São Paulo, v. 24, n. 286, p. 9-21, abr. 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquematizado**. São Paulo: Editora Método, 2014.

RESOLUÇÃO I Pleno do TJMA referenda implantação do teletrabalho no Judiciário maranhense. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/tj/visualiza/sessao/19/publicacao/418832>>. Acesso em 1 jun. 2018

STJ. Recurso especial : resp 686209 rs 2004/0111329-9. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Dj: 03/11/2009. Jusbrasil, 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5915977/recurso-especial-resp-686209-rs-2004-0111329-9-stj>>. Acesso em 9 mar. 2018.

TJ-SP 10195718220178260053 SP 1019571-82.2017.8.26.0053, Relator: Fermino Magnani Filho, Data de Julgamento: 27/02/2018, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 27/02/2018. Disponível em: <<https://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/550935851/10195718220178260053-sp-1019571-8220178260053>> Acesso em 1 jun. 2018

TRT-3 RO: 2807002807/00, Relato: Convocado Salvador Valdevino Conceição, Quarta Turma, Data de Publicação: 16/12/2000, DJMG. Pagina O. Boletim: Sim. Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129119347/recurso-ordinario-trabalhista-ro-280700-2807-00/inteiro-teor-129119358>> Acesso em 1 jun. 2018

TRT-3 - RO: 00435201001603003 0000435-68.2010.5.03.0016, Relator: Milton V.Thibau de Almeida, Terceira Turma, Data de Publicação: 18/10/2010,15/10/2010. DEJT. Página 49. Boletim: Sim. Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124321044/recurso-ordinario-trabalhista-ro-435201001603003-0000435-6820105030016?ref=serp>>. Acesso em 1 jun. 2018.

A RELEVÂNCIA DO USO DE ALGEMAS NA ATIVIDADE POLICIAL SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E LEGAL

Data de aceite: 23/03/2020

Antônio José da Silva Filho

Pós graduando em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Faculdade Educacional da Lapa- FAEL. E-mail: antoni.original@gmail.com

Ranieldo Barreiras Barbosa Souza

Mestrando Acadêmico em Ciências Ambientais pela Universidade Federal do Oeste da Bahia-UFOB. E-mail: ranieldosouza89@gmail.com

RESUMO: A legitimidade do uso de algemas é um tema bastante relevante, mas ganhou maior importância recentemente, com a edição da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, que restringiu o emprego de algemas, tornando a sua utilização uma medida excepcional e exigindo justificativa da autoridade, por entender que o seu uso fere a dignidade da pessoa humana. O presente trabalho acadêmico foi realizado através da pesquisa bibliográfica, tendo em vista a necessidade de contextualização como forma de se chegar a uma melhor compreensão acerca do tema. Para isso será feita uma análise do emprego de algemas, abrangendo o seu conceito bem como os preceitos que devem ser observados quando da necessidade de se algemar, como a integridade física do policial,

de terceiros e do próprio preso. Por falta de uma regulamentação específica sobre o tema, será analisada a legislação brasileira usada para subsidiar o correto emprego desse instrumento. Visando suprir essa lacuna, o enunciado nº 11 foi editado, mas como se verá, há que se questionar se sua criação respeitou os limites constitucionais, elencando-se as decisões que ensejaram a sua origem. No mais, ainda será abordada a importância que o emprego desse aparato exerce durante a atividade policial, e que a decisão sobre o seu emprego cabe aos agentes de segurança, uma vez que não se pode subtrair deles a discricionariedade, que é inerente à sua atuação com o objetivo de manter a ordem pública e não tornar a segurança da coletividade ainda mais frágil do que se encontra no cenário atual.

PALAVRAS-CHAVE: Algemas. Súmula Vinculante. Supremo Tribunal Federal. Ordem Pública.

ABSTRACT: The legitimacy of the use of handcuffs is a very important issue, but has gained more importance recently with the issue of Binding Precedent 11 of the Supreme Court, which restricted the use of handcuffs, making its use as an exceptional measure and requiring justification for authority, understanding

that its use hurts the dignity of the human person. This academic work was carried out through literature, in view of the need for contextualization as a way to reach a better understanding of the subject. For this will be a historical analysis of the use of handcuffs, covering the concept and symbolism, as well as the principles that should be observed when the need to handcuff, as the physical integrity of the police, third and the prisoner himself. For lack of a specific regulation on the subject, Brazilian law used to subsidize the correct use of this instrument will be examined. Aiming to fill this gap, the statement No. 11 was issued, but as you will see, we have to question whether its creation respected the constitutional limits, if elencando- decisions that gave rise to its origin. In most, the importance that the use of this apparatus performs during the police activity will be further addressed and that the decision on its use is up to security guards, since they can not escape their discretion, which is inherent in its operations in order to maintain public order and not make security even more fragile community than is the current scenario.

KEYWORDS: Handcuffs. Binding Precedent. Federal Court of Justice. Public order.

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva fazer uma análise sobre o uso de algemas, levando em conta o cenário de segurança pública atual, a limitação da aplicação desse instrumento após a criação da Súmula Vinculante nº 11 e a importância que ela exerce para o labor policial, bem como sua adequação no Estado Democrático de Direito, tendo por base os princípios insculpidos na Constituição da República de 1988 e no Código de Processo Penal.

A escolha do tema tem como justificativa a relevância social e jurídica que as algemas representam para a coletividade, uma vez que sua utilização envolve o encontro de interesses estabelecidos na lei, com o intuito de garantir a ordem pública e preservar a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Para tornar a leitura mais dinâmica, o presente estudo foi dividido em capítulos com temáticas diferentes, porém, tratando sempre da problemática do uso de algemas, procurando evidenciar a sua indispensabilidade, necessidade e justificação, enfatizando o valor que esse instrumento tem enquanto meio de trabalho do policial.

Foi mencionado o que dispõe a Constituição da República de 1988 a respeito da segurança pública, como sendo um direito de todos e dever do Estado, obrigando tal exercício aos órgãos de segurança pública, tendo os mesmos, autonomia para aplicar os meios necessários à garantia da segurança e da ordem pública, pautados, contudo, na legalidade.

Em seguida, tratou-se da Lei de Execução Penal, que apenas mencionou há

mais de trinta anos que o uso das algemas seria regulado por Decreto Federal. Até os dias atuais, o referido Decreto ainda não foi criado.

Logo depois, foi feito um apanhado sobre o que trata o Código de Processo Penal que, em seu artigo 284, proíbe o emprego de força, exceto no caso de resistência ou tentativa de fuga, e o Código de Processo Penal Militar, o qual preceitua que a força deve ser empregada no caso de resistência, desobediência e tentativa de fuga. Os dispositivos em comento demonstram que o uso de algemas é legítimo, devendo, contudo, evitar excessos, tal abordagem visa fornecer um apanhado dos aspectos relevantes sobre as algemas, enfatizando o seu conceito, entendendo como sendo uma pulseira, utilizada para imobilizar alguém que cometeu um ilícito penal.

Conseqüentemente, tratou dos princípios norteadores do uso de algemas, buscando neles um alicerce para entender se a sua utilização respeita o diploma legal, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, base do estado democrático de direito, o princípio abordado no presente trabalho busca trazer à baila a necessidade de se seguir o que ditam esses regramentos jurídicos e a importância que eles exercem para enfatizar a discussão em epígrafe. Foi feito um adendo no tópico uso progressivo da força por parte do policial, um meio necessário durante a atividade, visando conter uma injusta agressão por parte de terceiros, bem como uma análise empírica do uso de algemas sobre o viés da Súmula Vinculante nº 11, pois o Supremo Tribunal Federal, no intuito de pôr fim à celeuma, quanto à regulamentação do uso de algemas, acabou criando nova polêmica e retirando do agente de segurança a discricionariedade de aplicar as algemas conforme cada situação concreta, tendo que, antecipadamente, se reportar ao teor da súmula.

Portanto, insta salientar, que o cerne do trabalho será o de procurar uma solução para o aparente conflito existente entre a legitimidade do uso de algemas, como meio de preservação da segurança pública, e os direitos fundamentais do preso à dignidade da pessoa humana e presunção de inocência, dentre outros; além de analisar a edição da Súmula Vinculante nº 11 e as suas conseqüências.

PROCESSO METODOLÓGICO

O tema do presente estudo ainda é passivo de discussão, uma vez que, conforme mencionado em tópico anterior, a problemática do uso de algemas foi citada na Lei de Execução Penal que trazia em seu artigo 199 que o uso de algemas seria disciplinado por Decreto Federal.

Ocorre que já se passaram mais de 30 (trinta) anos e o referido decreto ainda não foi criado, ficando o uso de algemas regulado pela Súmula Vinculante nº 11. Desta forma, para elucidar o tema em apreço, a metodologia empregada será pautada em doutrinas e livros oriundos de pesquisas abrangentes e ainda de

estudos especializados bem como a pesquisa monográfica.

Importante destacar também, que para a elaboração desse trabalho foram utilizados entendimentos Jurisprudenciais como forma de elucidar a temática, ou seja, buscar em julgados a justificativa para o uso das algemas.

Não obstante, vale destacar também que serão utilizados artigos e outras fontes bibliográficas pertinentes para o bom desenvolvimento do tema, de modo que possa esboçar uma abordagem técnica e simples sobre o mesmo, chegando a uma conclusão objetiva e clara.

A pesquisa adotada para o projeto será a exploratória, e de acordo com Oliveira (2003), os estudos exploratórios têm como objetivo a formulação de um problema para efeito de uma pesquisa mais precisa ou, ainda, para elaboração de hipóteses.

Segundo Gil (2002), Pode-se dizer que estas pesquisas têm como objetivo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições. Seu planejamento é portanto, bastante flexível, de modo que possibilite a consideração dos mais variados aspectos relativos ao fato estudado. Na maioria dos casos, estas pesquisas envolvem; a) levantamento bibliográfico; b) entrevistas com pessoas que tiveram experiências práticas com o problema pesquisado; e c) análise de exemplos que estimulem a compreensão.

Essa pesquisa é do tipo bibliográfico, ou seja, de acordo com Prestes (2003), é aquela que se efetiva tentando-se resolver um problema ou adquirir conhecimentos a partir do emprego predominante de informações provenientes do material gráfico.

É desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Embora em quase todos os estudos seja exigido algum tipo de trabalho dessa natureza, há pesquisas desenvolvidas exclusivamente a partir de fontes bibliográficas. Boa parte dos estudos exploratórios pode ser definido como pesquisas bibliográficas. As pesquisas sobre ideologias, bem como aquelas que se propõem à análise das diversas posições acerca de um problema, também costumam ser desenvolvidas quase exclusivamente mediante fontes bibliográficas.

A pesquisa para elaboração desse estudo partirá da busca de conhecimentos provenientes de bibliografias acerca da legitimidade do uso de algemas, buscando em doutrinas e pesquisas afins proporcionar informações para esclarecer e sanar determinadas dúvidas sobre a legalidade ou não desse mecanismo.

O instrumento de pesquisa a ser utilizado será em forma de roteiro dos eixos temáticos e abordará os seguintes pontos: informações sobre a legalidade do uso de algemas, fatores em que o uso de algemas contribui para a segurança do policial no exercício de sua profissão e pontos controvertidos sobre a temática do uso de algemas.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A discussão acerca do emprego de algemas é bastante calorosa, por envolver, de um lado, interesses fundamentais para a sociedade, como a preservação da vida, a integridade física do policial e de terceiros, bem como salvaguardar o patrimônio; e de outro, princípios de proteção ao preso, como a dignidade da pessoa humana, presunção de inocência e de não culpabilidade, o que dificulta a chegada a um consenso sobre o tema.

A Constituição da República Federativa do Brasil determina em seu artigo 144, ser a segurança pública dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio através dos órgãos policiais.

Quando a Constituição da República preceitua ser a segurança pública dever do Estado, este deve assegurar os meios que garantam tal mister, estando, portanto, os órgãos policiais legitimados a empregar os instrumentos necessários para tanto, como a arma de fogo e o uso de algemas, por exemplo.

O emprego de algemas, nesse contexto, representa importante instrumento na atuação prática policial. E, conforme menciona Capez (2015), seu uso possui as funções de proteger a autoridade caso o preso esboce reação, assegurar a ordem pública coibindo a fuga do preso ou mesmo assegurar a integridade física do detento colocada em vulnerabilidade com a sua posterior captura pelos policiais em caso de fuga.

Por outro lado, observa-se que do texto constitucional emanam princípios de enorme magnitude para a estrutura democrática, tais como o da dignidade humana e presunção de inocência, os quais não podem ser sobrepujados quando o Estado exerce a atividade policial. Desta forma, o comando constitucional, em seu artigo 5º, XLIX assegura aos presos o respeito à integridade física e moral.

O dispositivo em comento visa à proibição de tratamento desumano e degradante aos presos, estabelecendo que seja assegurada a eles a dignidade humana e a presunção de inocência.

O entendimento trazido pela Constituição, no que tange ao respeito à dignidade humana, deve ser limitado no momento em que os presos extrapolam seu comportamento, contrariando a norma legal.

Assim, infere-se do ordenamento constitucional, que o uso de algemas, nas situações ímpares, em que o preso ofereça risco para as pessoas, é necessário, pois pode conter uma iminente e inevitável agressão.

A Lei 7210 de 11 de julho de 1984, denominada Lei de Execução Penal (LEP), no artigo 199 dispõe que: O uso de algemas será disciplinado por Decreto Federal, contudo, essa norma complementar ainda não foi editada, de modo que já se

passaram mais de trinta anos e o referido artigo carece de uma imprescindível regulamentação para facilitar a redação proposta por ele.

No decorrer desses anos, surgiram alguns Projetos de Lei que objetivaram normatizar a situação, porém, muitos deles foram arquivados e outros estão em tramitação. A seguir serão destacados alguns deles.

O projeto de Lei que regulamenta o uso, vedações e procedimentos em caso de eventual abuso no emprego de algemas foi apresentado no Senado Federal pelo senador Demóstenes Torres e, em seu artigo 2º destaca que as algemas poderão ser empregadas nos seguintes casos: I- durante o deslocamento do preso, quando oferecer resistência ou houver fundado receio de tentativa de fuga; II- quando o preso em flagrante delito oferecer resistência ou tentar fugir etc.

Assim, visando suprir a lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro, o referido projeto objetivou elencar as situações em que seria permitido o uso de algemas que, conforme visto seria uma medida excepcional a ser aplicada durante o deslocamento com o detido, no momento da audiência e quando não houver outro meio menos idôneo à integridade do preso.

O Código de Processo Penal, lei 3.689 de 03 de outubro de 1941, no seu artigo 284 traz que não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso. Impõe esse dispositivo legal que a prisão não seja feita com violência gratuita e sem necessidade, sendo o direito à liberdade a regra predominante na Constituição Federal, especialmente quando há a contribuição do procurado em não manifestar reação para dificultar a prisão.

No entanto, Nucci (2006) faz entender que a força pode e deve ser utilizada no caso de haver resistência ou tentativa de fuga. Percebe-se que trata de causa garantidora de um dever legal, com reflexos no contexto penal, significando a possibilidade de, havendo lesões ou outro tipo de dano ao preso, alegue, em seu favor, a autoridade policial, o estrito cumprimento do dever legal.

Não se autoriza, em hipótese alguma, portanto, a violência extrema, consistente na morte do procurado. Em outra situação, em que o preso resiste ativamente à prisão e investe contra os policiais, podem estes alegar legítima defesa e, nessa hipótese, se houver necessidade, dentro de um contexto de razoabilidade e moderação que regem a excludente, até matar o agressor.

O artigo 292 do mesmo diploma legal traz em seu bojo o seguinte dispositivo reforça que se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinação por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderá usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

O artigo não utiliza o termo algema, mas alerta que se houver qualquer tipo de resistência por parte do detido, os policiais devem, prontamente, fazer uso dos

meios necessários para conter a resistência à prisão e evitar que o preso esboce reações violentas.

Portanto, vale reforçar que o uso desse instrumento muitas vezes está amparado pela legítima defesa e estrito cumprimento de dever legal. Ocorre que, qualquer abuso ou excesso que contrarie esses princípios, enseja a responsabilidade do executor da prisão.

O Código de Processo Penal Militar- CPPM, Decreto 1.002 de 21 de outubro em 1969, criado durante a Ditadura Militar, determinou em seu artigo 234 que o emprego de algemas deveria ser evitado, desde que não houvesse perigo de fuga ou agressão por parte do preso.

O entendimento proposto no artigo em comento, reforça tudo o que foi discorrido anteriormente, deixando claro, em sua segunda parte, que no caso de perigo de fuga ou agressão oriunda do preso, seu uso deverá ser permitido, pois proporciona a segurança necessária para manter a ordem durante a prisão do réu.

O dispositivo deixa claro, porém, que o uso de algemas, em algumas pessoas protegidas pela lei, é proibido e o artigo 234 direciona ao artigo 242, o qual traz o rol de pessoas, que pela função que exercem e por ter prerrogativa em relação ao cargo, não são submetidas ao uso de algemas e também não serão submetidas à prisão comum.

Ocorre que a redação proposta no artigo 242 deve ser interpretada de forma criteriosa, uma vez que o Código de Processo Penal Militar surgiu em pleno regime militar e hoje vivemos em um Estado Democrático de Direito, portanto, o seu teor deve ser reinterpretado obedecendo às normas constitucionais.

Portanto, o fator determinante da utilização ou não de algemas é o caso concreto e não o cargo que a pessoa que está sendo presa exerce; e que, se o uso desse instrumento de trabalho for imprescindível, deve ser feito, seja para impedir a fuga, conter violência da pessoa que está sendo conduzida ou para restabelecer a ordem.

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE AS ALGEMAS

No passado, não se utilizava o termo algema, eram usados instrumentos de ferro no formato de grilhões. A corrente de anel em forma de cadeado que prendia os prisioneiros evoluiu para a algema em formato de oito, sendo que uma haste é presa em cada braço do detento.

Na atualidade, algema é um instrumento empregado para impedir reações indevidas, agressivas ou incontroláveis de presos em relação aos policiais, contra si mesmos ou contra outras pessoas.

A palavra algema Segundo Capez (2015) deriva do idioma arábico que significa

pulseira, usada no sentido de aprisionar. A sua utilização tornou-se mais conhecida no século XVI. Naquela época o termo algema era utilizado no singular. Somente nos dias atuais, a nomenclatura passou a ser empregada no plural, porque aprisiona as duas mãos.

O instrumento de ferro, anteriormente mencionado, era usado como meio de garantir a segurança, de forma que aprisionava aqueles que infringissem as leis e os costumes. Essa postura, por parte dos aplicadores da norma, causava nos indivíduos revolta e repúdio; eles se sentiam humilhados e maltratados.

Nesse mesmo sentido o dicionário Aurélio diz que algema é cada uma de um par de argolas metálicas, com fechaduras, e ligadas entre si, para prender alguém pelo pulso.

No ordenamento jurídico brasileiro, ainda não existe uma norma que regulamente o uso de algemas, pois, a lei 7210 de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal- LEP, em seu artigo 199, nas disposições finais e transitórias, mencionou que o uso de algemas seria disciplinado por um Decreto Federal, ocorre que até os dias atuais, passados mais de trinta anos, o decreto ainda não foi criado.

Desta forma, com base nos conceitos trazidos acima e apesar de não haver uma lei específica que regulamente o uso de algemas, percebe-se que, embora seja um mecanismo de coação, seu uso se mostra necessário, pois impede que o detento ofereça risco ao policial e, principalmente, a terceiros e ao próprio preso.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O EMPREGO DE ALGEMAS

A dignidade da pessoa humana está elencada como princípio fundamental na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 1º, III. A Constituição cidadã, ao tratar desse princípio em seu texto e concedê-lo a todos os brasileiros, seja nato ou naturalizado, objetivou preservar o ser humano concedendo-o a uma vida digna e garantindo-lhe o mínimo existencial, como saúde, educação, moradia, alimento, segurança etc.

Inexiste dignidade se a pessoa humana não dispuser de condições básicas para a sua sobrevivência, porém, para que o cidadão tenha sua dignidade preservada, é essencial que se respeitem os direitos e garantias individuais. Esse princípio é a base de um Estado Democrático de Direito, não podendo ser contrariado por qualquer outro existente no ordenamento jurídico.

Ainda sobre a dignidade da pessoa humana, sábias são as palavras de Moraes (2002) e a partir dele é possível entender que para o ser humano ter direitos, basta possuir personalidade humana. Esse princípio é decorrente do estado democrático de direito e pretende assegurar ao indivíduo um mínimo existencial de sobrevivência.

A IMPORTÂNCIA DO USO DE ALGEMAS NA ATIVIDADE POLICIAL

O uso de algemas é um assunto polêmico no ordenamento jurídico, principalmente porque não existe uma lei específica que regule esse tema, tendo sido o mesmo somente citado no artigo 199 da LEP- Lei de Execução Penal, em que menciona que o uso de algemas será regulado por um Decreto Federal.

O tema passou a ser mais fortemente discutido em agosto de 2008, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 11, com o intuito de restringir o uso de algemas passando a sua utilização a ser uma medida excepcional em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana.

A Súmula Vinculante nº 11, contudo, retirou do policial a autonomia para decidir no caso concreto se deve ou não fazer o uso de algemas durante a sua atuação, pois antes de sua edição, a autoridade ou seu agente utilizava esse mecanismo de trabalho como forma de contenção de acordo com a necessidade.

Assim, ficou restrita a opção pelo uso de algemas durante a prisão, pois o policial passou a ter que reportar por escrito, sob pena de ter que se responsabilizar disciplinar, civil e penalmente. Isso criou, subjetivamente, uma liberdade ao preso, pois a Súmula orienta que as algemas devem ser usadas somente em casos de receio de fuga por parte do preso, ou quando oferecer perigo à sua própria integridade física ou de terceiros, e de forma justificada.

Desta forma, com a edição do referido enunciado, os policiais tendem a recuarem-se quanto ao seu papel constitucional, uma vez que essa medida desacredita o trabalho policial, pois limita aos profissionais de segurança o uso de um instrumento tão importante para efetivar a atividade policial e impedir a ação dos marginais.

Apesar de existir ações policiais que excedem os limites legais, no que tange à aplicabilidade do uso de algemas e emprego de força, é equivocado o pensamento por parte dos legisladores de que as algemas são usadas como forma abusiva e com o objetivo de humilhar os detentos, concedendo a eles, antes mesmo da sentença, uma pena. Ela é um instrumento de trabalho do policial e o seu uso tem como principal objetivo impedir que o preso esboce reações violentas contra terceiros.

Não obstante, a proposta do enunciado trazido na referida súmula foi justamente conter os abusos constantes por partes dos policiais que, corriqueiramente, faziam uso desse instrumento como forma de abuso e humilhação aos detentos, expondo-os ao ridículo e ferindo, por demais, a sua dignidade.

Portanto, por mais que existam profissionais que vão de encontro ao que dispõe o regramento jurídico, essas são ações excepcionais. Assim, vale salientar que a utilização de algemas não objetiva ferir os princípios constitucionais, e essa

conclusão não encontra respaldo no cotidiano policial, pois a função principal no tocante ao emprego de algemas é a preservação da segurança e da ordem pública e, acima de tudo, resguardar a vida do preso e das pessoas envolvidas na situação concreta.

Insta advertir, que a utilização de algemas é um ato natural, inerente à atividade policial, que visa o atendimento de regras de segurança, bem como a inibição de ações evasivas do preso no momento de sua condução.

Os critérios constitucionais propostos pelo Supremo Tribunal Federal ao elaborar a Súmula Vinculante n. 11, limitando o uso de algemas, não merece prosperar, uma vez que existem valores muito mais relevantes que os mencionados, como, por exemplo, o direito à vida, à segurança, à proteção e à integridade física do agente e de terceiros. Nesse sentido, conforme Pereira, (2009) nenhum direito pode sobrepujar a dignidade humana, e muito menos outros direitos podem ser limitados de forma absoluta por parte do Estado, porém, o direito à vida deve sobrepor todos os demais, e num confronto entre respeitar a dignidade humana e fazer uso de algema para preservar a vida, esse primeiro prevalece em detrimento do segundo.

O USO DE ALGEMAS COMO MEIO DE PRESERVAÇÃO DA VIDA

A constituição da República Federativa do Brasil assegura a todos os brasileiros, natos ou naturalizados, direitos fundamentais que visem à proteção do indivíduo contra atos de desigualdade e que proporcionem uma vida harmônica em um estado democrático de direito.

Direitos fundamentais são aqueles indispensáveis à pessoa humana, necessários para garantir a todos uma existência digna, livre e igual. Para assegurar esse direito, não basta o Estado reconhecê-lo formalmente, é indispensável que busque concretizá-lo e incorporá-lo no dia-a-dia do cidadão.

O artigo 5º, caput do diploma constitucional, menciona essa amplitude de direitos e traz o tratamento igualitário para todos e a não violação de direitos independente da origem ou classe social.

Note que, entre os direitos elencados na Constituição, está o mais importante: o direito à vida. A vida é a fonte primária de todos os outros bens jurídicos e de nada adiantaria assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo do seu conceito, se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, de privacidade, direito à integridade física e moral e, especialmente, o direito à existência.

O USO PROGRESSIVO DA FORÇA NAS ATUAÇÕES POLICIAIS

A utilização da força é uma das funções do agente de segurança pública durante a sua atividade laboral, desde que seja um meio necessário para conter uma injusta e atual agressão por parte de terceiros.

O uso da força será uma das opções em resposta ao nível de ação do indivíduo causador do delito, faz parte do cotidiano policial, pois muitas vezes as ocorrências não podem ser resolvidas apenas com verbalização ou negociação.

Contudo, essa prática deve se dar de forma moderada e legítima, e o agente deve se pautar em princípios sem os quais a sua ação não se enquadre em uma situação incompatível com a atividade fim, ou seja, o controle e a manutenção da ordem pública.

Assim agindo, não há como falar em conduta ilícita por parte do responsável pelo emprego da força, visto que a sua ação está respaldada no estrito cumprimento do dever legal, no caso de agente público ou de exercício regular de direito, no caso do particular, podendo, a depender do caso concreto, caracterizar inclusive legítima defesa.

O agente policial deve abster-se do emprego da força de forma extrema e violenta, consubstanciada na morte do detido. Porém, se isso ocorrer, na hipótese de violência ativa, com a prática de agressão injusta em face do responsável pela prisão, pode agir amparado pela legítima defesa, desde que se utilize dos meios necessários de maneira moderada e proporcional.

Assim é a leitura do artigo 25 do Código Penal que, em linhas gerais, traz a definição de legítima defesa e elenca uma hipótese de excludente de ilicitude e da redação nele prevista, depreende que a força ou outros meios de coerção entendidos como necessários podem ser usados, desde que, de forma moderada e tenha como meio justificante, a contenção de agressão contra si ou em defesa de terceiros.

Não se deve confundir uso legítimo da força com violência, tendo em vista que a polícia existe para assegurar a incolumidade social, logo, não é concebível nesse ramo profissional o cometimento de atos que firam a integridade física das pessoas.

Contudo, percebe-se que o uso da força é um meio necessário, dada a complexidade da atividade policial. Seu emprego, porém, não deve ser ampliado com o intuito de expor o preso a vexame, devendo o autor da prisão obedecer a que dispõe a lei e, principalmente, aos princípios de necessidade e conveniência, sendo responsáveis pelos excessos que praticarem.

O USO DE ALGEMAS SOB A VISÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11: CRÍTICAS E PROBLEMATIZAÇÃO

Sob o fundamento de limitar os abusos no que se refere ao uso de algemas em pessoas presas, o STF, por unanimidade em sessão realizada em 13 de agosto de 2008, editou uma de suas Súmulas Vinculantes mais polêmicas, é a de nº 11 que só existe licitude no uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

A Súmula traz como regra, a limitação ao uso de algemas em defesa dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, dentre outros.

Porém, o referido entendimento suporta exceção, sendo o seu uso permitido em caso de receio de fuga e de perigo à integridade física do preso e de terceiros, desde que devidamente justificada a sua utilização.

A lei 4.898 de 09 de dezembro de 1965, que regula o direito de representação e processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abusos de autoridade, traz nos artigos abaixo mecanismos que coíbem o abuso por parte da autoridade.

No artigo 3º, alínea i, a referida lei disciplina que constitui abuso de autoridade qualquer atentado à incolumidade física do indivíduo. Em seguida, no artigo 4º, alínea b, verificando-se, portanto, que o uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional e a ser adotado nos casos e com as finalidades seguintes: Para impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que a suspeita seja fundada ou justificado receio de que isso vai ocorrer; para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si.

Deve, contudo, ser enfatizado que o emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo sem razoável observar a proporção legítima em relação ao comportamento adotado pelo paciente.

CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou delinear uma análise sobre as algemas, uma ferramenta tão presente na história da humanidade, levantando apontamentos sobre o seu uso após a criação da Súmula Vinculante nº 11, hodiernamente tão debatida.

Ficou comprovado que o instituto das algemas não está claramente regulamentado na legislação brasileira, ao passo que algumas normas tentam fornecer o fundamento para a correta utilização desse instrumento. Mas a verdade é que, somente com a complementação do artigo 199 da Lei de Execução Penal, haverá uma efetiva uniformização para o uso de algemas.

Por carecer de uma norma exclusiva sobre o tema, os princípios constitucionais e processuais servem de balizamento para regular a conduta do agente de segurança, de maneira que não o proibam de forma absoluta, mas determinem que o seu emprego não ofenda a dignidade humana, não cause constrangimento ilegal e, acima de tudo, seja aplicado de forma razoável e proporcional, obedecendo aos ditames legais e principiológicos, usando sempre o bom senso para a medida de constrição da liberdade.

Contudo, diante da falta legislativa, e objetivando exercer o seu papel de guardião da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 11. Ocorre que a edição da referida súmula não respeitou os requisitos previstos no artigo 103-A da Carta Magna, introduzido pela Emenda Constitucional 45.

Com isso, percebe-se que o enunciado nº 11 vinculou a atuação dos agentes de segurança, tendo estes que se preocuparem quando da realização de uma prisão, ou seja, ter que, antecipadamente, tirar uma conclusão objetiva, decidindo se deve ou não usar as algemas, aferindo a periculosidade de uma pessoa, avaliando se esta vai ou não empreender fuga e, além do mais, com toda essa subjetividade, tendo que justificar suas conclusões, sob pena de seu ato ser considerado nulo pela autoridade judiciária.

Portanto, as algemas são um instrumento de força com reflexos na segurança da coletividade, bem diferente dos grilhões usados em outrora. A não utilização desse instrumento de trabalho por parte do policial pode trazer consequências negativas, como a fuga do preso durante as audiências, e também um risco potencial de dano aos policiais, a terceiros e ao próprio detento.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**, 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Decreto 4824 de dezembro de 1971**. Regula a execução da Lei nº 2033 de 24 de Setembro do corrente ano, que alterou diferentes disposições da Legislação. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm>. Acesso em 31/05/2016

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 27 abr. 2016.

CAPEZ, Fernando. **A questão da legitimidade do uso de algemas**, volume 12. Florianópolis: Revista de direito militar, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**, 2ª Ed: Rio de Janeiro: Servanda, 1995

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio da Língua Portuguesa**, 6ª Ed. Curitiba: Abril, 2008

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, 14ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**, 1ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 12ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª Ed. São Paulo: atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais**, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

PAULO, Vicente e MARCELO, Alexandrino. **Direito Constitucional Descomplicado**, 9ªEd. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 23ªEd. Rio de Janeiro: Altas, 2015

SILVA, José Almir Pereira da. **Algemas segundo o STF**. Revista Jurídica Consulex, Brasília: Consulex, nº 241, 2007.

_____. **O uso de algema: Estado Democrático de Direito ou Estado de politicagem. Academia de Direito Militar**. Disponível em: <http://www.academiadedireitomilitar.com/index.php?option=com_content&view=article&id=98&catid=35>. Acesso em: 13 de maio de 2016.

A SUBSIDIARIEDADE COMO FUNDAMENTO PRINCÍPIOLÓGICO PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Data de aceite: 23/03/2020

Data de submissão: 09/01/2020

Ana Luísa Sevegnani

Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

Rio do Sul – Santa Catarina

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8492283Y1>

RESUMO: O presente artigo, elaborado de acordo com o método indutivo, busca avaliar a efetividade do direito fundamental à saúde no contexto político, econômico e social atual em face do disposto no artigo 196 da Constituição Federal, com ênfase no princípio da subsidiariedade. A questão circunscreve-se ao direito do cidadão a receber tratamento de saúde adequado e no dever do Estado em conferir-lhe efetividade de modo universal, igualitário e gratuito. Atualmente, a obrigação estatal de conceder meios para a sua fruição gratuita a todos não permite a sua concretização, pois aqueles que propriamente necessitam de amparo ficam impossibilitados de obter tratamentos médicos ou fornecimento de medicamentos, devido às limitações orçamentárias. Isso porque a caracterização

da saúde como um direito gratuito a todos atribui demasiada generalidade ao dispositivo constitucional, contrariando o princípio da subsidiariedade. Busca-se demonstrar, a partir da aplicação desse princípio, que o direito à saúde é um direito de todos, mas que pode ser modulado segundo a capacidade econômica ou financeira dos seus destinatários, estabelecendo-se critérios objetivos por meio de lei ordinária. A aplicação de tais preceitos permitiria ao Estado concretizar o direito fundamental à saúde com maior eficiência a quem dela efetivamente necessita.

PALAVRAS-CHAVE: Direito fundamental. Direito à saúde. Princípio. Subsidiariedade.

SUBSIDIARITY AS A PRINCIPLE-BASED FOUNDATION TO THE EFFECTUATION OF THE RIGHT TO HEALTH

ABSTRACT: This article, elaborated according to the inductive method, seeks to evaluate the effectiveness of the basic right to health in the current political, economic and social context in light of the provisions of the article 196 of the Federal Constitution, with emphasis on the subsidiarity principle. The issue comprehends the citizen right to be provided with adequate

health treatments and the State duty of assuring its effectiveness as a universal, equal and free right. Currently, the State obligation to ensure its free fruition to all individuals hinders its fulfilment, while those who properly need the support have difficulties in obtaining health care and medicament supplying, due to the limited budgetary resources. Therefore, the characterization of health as a free right attributes an undue generality to the constitutional mandate, which confronts the subsidiarity principle. The intent is to demonstrate, pursuant to the application of this principle, that the right to health is a right of all the individuals, but it can be regulated taking into account the economic or financial capacity of its recipients, in order to establish objective criteria through ordinary law. The application of these precepts would allow the State to implement the basic right to health with efficiency for those who effectively need it.

KEYWORDS: Basic Rights. Right to health. Principle. Subsidiarity.

1 | INTRODUÇÃO

A partir da análise do contexto atual, diversos são os problemas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, em relação à concretização dos direitos fundamentais previstos em seara constitucional. No tocante ao direito à saúde, tal aspecto torna-se latente em razão das constantes dificuldades do Estado em concretizá-lo àqueles que necessitam fruir desta garantia, em decorrência da falta de recursos públicos.

Assim, a temática circunscreve-se à análise da amplitude e extensão do conteúdo albergado no artigo 196 da Constituição Federal, no sentido de que todos os cidadãos têm direito a receber tratamentos de saúde adequados de modo universal, devendo o Estado garantir sua máxima efetividade. Contudo, a gratuidade ampla na concretização desse direito pelos entes estatais tem resultado em sua reduzida efetividade a toda a população.

Diante desse quadro, o objetivo deste estudo é avaliar a possibilidade de ser restringida a gratuidade nas prestações positivas relacionadas à saúde, apenas às pessoas que comprovadamente não possuam capacidade econômica ou financeira suficientes para arcarem com os gastos dela decorrentes, com base no princípio da subsidiariedade.

2 | A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

A presente pesquisa parte de uma análise da normatização do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no texto constitucional. Sendo a prestação de serviços de saúde um direito fundamental garantido aos cidadãos, cabe analisar inicialmente sua construção, definição e eficácia.

Apesar da dificuldade teórica em defini-los, em linhas gerais, os direitos fundamentais buscam proporcionar os elementos básicos para uma vida fundada na liberdade e na dignidade humana. Haja vista a proteção de bens jurídicos essenciais aos indivíduos, esses direitos devem estar positivados, da mesma forma, em um instrumento normativo com força vinculativa máxima a fim de garantir sua efetivação, qual seja, a Constituição.

Assim, os direitos fundamentais podem ser compreendidos a partir de diferentes concepções. A sua primeira noção está baseada na ideia de um direito natural e jusnaturalista. Tendo em vista que, no início, a principal preocupação da sociedade referia-se à proteção de primazias individuais, ao Estado cabia apenas a consecução desses direitos, e não a execução dos anseios coletivos (CANOTILHO, 2003, p. 16-19).

Por outro lado, sob uma ótica formal e positivista, são direitos fundamentais os direitos previstos na legislação vigente como tais (HESSE, 1998, p. 225-229). Desse modo, apresentam-se como um conjunto de valores objetivos básicos, previstos em sede constitucional, responsáveis por garantir as situações jurídicas subjetivas (LUÑO, 1995, p. 20).

Os direitos fundamentais podem ser divididos em diferentes gerações ou dimensões, conforme o período histórico em que se apresentam, sendo o direito à saúde considerado, sobretudo, como de segunda geração.

Os direitos de segunda geração traduzem-se em direitos de participação, oriundos das revoluções sociais e políticas do século XX, entendidos como direitos de igualdade. Consistem, basicamente, nos direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, fundamento do chamado Estado de Bem-Estar Social, e requerem uma política ativa dos poderes públicos para a efetiva garantia de suas prestações (LUÑO, 2006, p. 27-28).

Tendo em vista a necessidade de garantia de novas prestações, o Estado assume especial importância para promover maior efetividade aos direitos fundamentais. Surgiram direitos que não dependem apenas de uma abstenção estatal, mas demandam uma atuação positiva e eficaz frente a novas situações (HESSE, 2009, p. 40-42).

No contexto atual, os direitos sociais estão previstos especialmente no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Entretanto, não se resumem apenas a estes, mas abrangem ainda outros implícita ou explicitamente previstos no texto constitucional, além daqueles definidos noutras legislações e tratados internacionais, conforme autoriza o artigo 5º, §2º da Constituição Federal.

Porém, embora a sua garantia seja reconhecida a toda a coletividade, a concretização de tais direitos torna-se imprescindível, principalmente, aos indivíduos mais vulneráveis e hipossuficientes, a fim de reduzir as desigualdades existentes

entre os grupos favorecidos e aqueles necessitados (2007, p. 11-15). Isso porque o direito a uma ação positiva constitui o direito a algo que o seu titular poderia obter por meio de outras pessoas privadas, caso possuísse recursos financeiros e se houvesse uma oferta suficiente (ALEXY, 2015, p. 442-443).

Portanto, visualiza-se que os direitos fundamentais de caráter social surgem em um momento histórico no qual se buscava garantir as expectativas da sociedade quanto ao atendimento de suas necessidades básicas, a fim de coibir os efeitos negativos das desigualdades sociais.

Nesse contexto, o direito fundamental à saúde foi consagrado pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, a qual estabelece, em seu artigo 196, que todos os cidadãos têm direito de receber tratamentos de saúde adequados de modo universal e igualitário, devendo o Estado garantir sua máxima efetividade (SARLET, 2011, p. 4).

Por ser um direito social ou de segunda dimensão, a Constituição Federal, ao estabelecer a fundamentalidade do direito social à saúde, designa ao Estado o dever de promover ações e políticas públicas capazes de garantir à população o acesso aos serviços de proteção e promoção, além da redução dos riscos de doenças, nos termos dos artigos 197 e 198 da Constituição Federal.

Outrossim, a saúde constitui um direito originário a prestações, isto é, um direito subjetivo para que a população possa usufruir de prestações materiais necessárias à proteção da vida e da dignidade humana, o que não significa considerá-lo como um direito ilimitado e aplicado a qualquer prestação estatal (SARLET, 2013, p. 591).

Portanto, o direito do cidadão à saúde consubstancia-se, por consequência, num dever fundamental do Estado de prestação de saúde por meio de políticas públicas. É o que se infere do disposto no artigo 196, do texto constitucional, ao dispor que: a) a saúde é direito de todos, b) é dever do Estado, c) efetivada mediante políticas sociais e econômicas, d) voltadas à redução de riscos de doenças e de outros agravos, e) mediante acesso universal e igualitário (BRANCO; MENDES, 2014, p. 643-644).

Do texto constitucional é possível abstrair que, quando o Estado atende demandas sociais relacionadas à saúde, essa prestação positiva deve ser concedida a todos os cidadãos, de forma igualitária e universal. Ao definir a saúde como direito de todos, atribuiu-lhe um caráter de generalidade, significando que ninguém pode ser impedido de obter uma prestação estatal a ela relacionada. A igualdade implica em não conferir distinção ou privilégios de tratamento a situações idênticas. A universalidade pressupõe uma responsabilidade solidária entre os entes da Federação.

Entretanto, ao assegurar a saúde como um direito de todos e disciplinar as diretrizes para o seu exercício, a Constituição Federal não estabelece a forma como

se dará a prestação dos serviços de saúde à sociedade. Não são especificados alguns requisitos, como se o Estado deverá fornecer quaisquer medicamentos ou tratamentos a todos os destinatários, incluindo aqueles que possuem condições financeiras para arcar com tais medidas (CIPRIANI; CRISTÓVAM, 2017, p. 175). Tal fato apenas será regulado, como política pública, pela legislação infraconstitucional, conforme se aprofundará adiante.

Nesse aspecto, a efetividade do direito fundamental à saúde apresenta dificuldades evidentes, em razão da reduzida capacidade orçamentária dos entes estatais em concretizá-lo aos seus destinatários. Considerando a importância da efetivação desse direito à parcela da população desprovida de recursos financeiros, ganha relevância a discussão acerca da aplicabilidade do princípio da subsidiariedade no sistema público de saúde.

3 | CONTEXTUALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

A análise do direito fundamental à saúde sob a ótica do princípio da subsidiariedade, neste estudo, tem o condão de avaliar a possibilidade de ser estabelecida uma gratuidade modulada segundo a capacidade econômica ou financeira dos seus destinatários.

Inicialmente, o termo princípio deriva do latim *principium*, com o sentido de começo ou origem das coisas. Designam, sobretudo, verdades objetivas que nem sempre pertencem ao mundo do ser, e sim do dever ser, sendo dotadas da qualidade de normas jurídicas (PICAZO, 1983, p. 1267-1268). A fim de compreender adequadamente o tema, cabe destacar, nesse aspecto, a teoria formulada, em especial, por Robert Alexy e Ronald Dworkin, acerca da distinção entre duas espécies de normas: regras e princípios jurídicos.

Na ótica de Dworkin, a diferenciação entre regras e princípios é de natureza lógica, distinguindo-se quanto à forma de orientação que fornecem. Os princípios possuem não apenas uma dimensão de validade, mas também de peso ou de importância. Em uma colisão, analisa-se qual dos princípios prevalece ou possui o maior peso em um contexto específico (2002, p. p. 35-46).

Apesar de divergir em alguns aspectos, Alexy utiliza os pressupostos desenvolvidos por Dworkin, ao defender que a distinção entre regras e princípios é de natureza qualitativa. Destaca que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, pois exigem que algo seja realizado na maior medida possível. Ademais, não contêm um mandamento definitivo, de modo que a relevância de um princípio em um caso específico não decorre de que o resultado seja aquilo que o princípio determina para esse caso, pois representam razões que podem ser afastadas (2015, p. 103-106).

Nesse entendimento, os princípios são normas que visam algo a ser realizado na maior medida possível, uma vez que são mandados de otimização. Assim, a violação a um princípio constitui uma ofensa grave, ao atentar contra todo o ordenamento jurídico (ALEXY, 2014, p. 85-86).

Todavia, no contexto atual, os princípios caracterizam-se principalmente por possuírem um grau elevado de juridicidade, sendo responsáveis pela potencialização das normas. De se destacar ainda que os princípios podem ser concebidos como o fundamento das regras, delimitando o seu campo de aplicação (STRECK, 2011, p. 565-569).

Estabelecida uma noção acerca do termo princípio, procede-se à análise da subsidiariedade, destacando que o termo advém do latim *subsidium*, com o sentido de ajuda ou socorro de uma instância superior, quando a inferior não consegue realizar determinada ação. Pode referir-se tanto à necessidade de um ente estatal auxiliar outro, a exemplo do apoio de um Estado-membro a um município em situação de calamidade, como de um ente estatal amparar uma pessoa que não consegue prover uma demanda por incapacidade comprovada, a exemplo do direito à saúde. Desse modo, estando ao alcance da pessoa atingir bens necessários para garantir a sua dignidade, o Estado não deve intervir e, do contrário, não pode abster-se de realizar uma prestação positiva ao cidadão, se a omissão atenta contra a sua dignidade (DI LORENZO, 2010, p. 104-105).

Foi a partir do século XVII, com Althusius, que a subsidiariedade recebe os seus contornos iniciais, ao esclarecer que as comunidades estão organizadas de acordo com uma hierarquia em que, no primeiro nível, está a família, em seguida tem-se as organizações civis, a cidade, a província e, no nível mais elevado, o Estado. A família deve ser ajudada pelas organizações civis quando em situação de necessidade impreterível. As associações civis devem ser amparadas pela cidade e, assim, as cidades que se encontrem em situação de calamidade pela província. Por fim, a província merece auxílio do Estado, como ente mais elevado. Trata-se de uma concepção fundada na ideia de cada um tem o dever de prover as suas necessidades por meio de seus próprios recursos, mas que, por outro lado, também tem o direito de ser auxiliado diante das adversidades (2003, p. 112-121).

É apenas com a Encíclica *Quadragesimo Anno*, elaborada em 1931, que a subsidiariedade foi descrita de modo mais preciso, ao estabelecer que não se pode conceder aos cidadãos aquilo que eles mesmos são capazes de alcançar por suas próprias forças e submeter tais funções ao ente estatal, isto é, não seria justo que o ente coletivo realize as atividades que os entes sociais menores podem concretizar. Corroborando a conceituação desse princípio, a Carta Encíclica *Mater et Magistra*, publicada em 1961, explicitou a necessidade de que as relações entre os indivíduos e os poderes públicos pautem-se pela reciprocidade e responsabilidade mútua nas

relações entre os indivíduos e os poderes públicos (ENCÍCLICAS DOS SUMOS PONTÍFICES, p. 112-113).

Na concepção de Messner, a subsidiariedade deve ser compreendida a partir da análise das finalidades e relações intrínsecas entre os entes sociais. Nesse contexto, toda a atividade social seria subsidiária em sua essência, de modo que o homem e as unidades sociais menores possuem finalidades essenciais a cumprir conforme a natureza humana, sendo detentores de uma responsabilidade moral primária. Estes possuem, decorrentes dessa relação, direitos e esferas de atuação próprios, formando uma responsabilidade secundária (1960, p. 362-363).

Na ótica de Sanchez Agesta, o princípio da função subsidiária ou da subsidiariedade relaciona-se principalmente com a “ordenação e função recíproca dos grupos entre si e com a comunidade política que os compreende”. Entretanto, isso não significa que o Estado tenha apenas uma função subsidiária ou supletiva, visto que o princípio da subsidiariedade visa a definir, sobretudo, a natureza das relações entre o Estado e a sociedade (1962, p. 5-7).

Embora o referido princípio não esteja inserido expressamente no texto constitucional, a subsidiariedade deve ser compreendida de forma ampla, visando à justificação da existência do Estado para assegurar os interesses da sociedade (DUARTE; NACLE, 2014, p. 97). Neste diapasão, a subsidiariedade afigura-se como um princípio balizador da atuação dos poderes públicos, delimitando o espaço em que lhes cabe agir e, em sentido oposto, quando devem abster-se, sob risco de praticarem excessos (BARACHO, 1995, p. 40).

Portanto, a subsidiariedade constitui um princípio essencial do Estado Social de Direito ao admitir a efetivação do interesse público pelo indivíduo e por entes intermediários, não relegando essa função apenas aos entes estatais (QUADROS, 1995, p. 18). Os poderes públicos devem dividir-se conforme suas atribuições, de modo a regular as relações entre o Estado e os particulares e entre os próprios entes estatais que o compõem (TORRES, 2001, p. 34-36).

Isso significa, em primeiro, que o Estado, o indivíduo e a sociedade são responsáveis pela concretização de uma maior efetividade possível dos direitos fundamentais e, em segundo, que determinadas prestações positivas conferidas individualmente à pessoa, a exemplo de tratamentos médicos e fornecimento de medicamentos a pacientes portadores de enfermidades, devem ser concedidas de acordo com a capacidade econômica ou financeira dos seus destinatários.

4 | APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Conforme o exposto, o princípio da subsidiariedade revela-se como um importante fundamento para compreender o conteúdo e abrangência do artigo 196 da Constituição Federal. Isso se torna necessário tendo em vista que, embora tal norma seja válida e eficaz no ordenamento jurídico brasileiro, há mecanismos insuficientes para a sua real aplicação, ou seja, para conferir a efetividade ao direito fundamental à saúde.

A efetividade dos preceitos constitucionais refere-se à concretização dos direitos e garantias assegurados e a plena utilização dos interesses e bens jurídicos tutelados, através de mecanismos que realizem, na prática, as normas constitucionais (BARROSO, 2014, p. 95).

Contudo, em relação ao direito fundamental à saúde, a efetividade de suas normas, muitas vezes, não é verificada na prática, diante da falta de instrumentos adequados para a sua concretização a quem efetivamente necessita de tratamentos médicos. Assim, torna-se necessário estabelecer um panorama sobre o atual modo de concretização desse direito à população, a fim de compreender as insuficiências e a atual crise do sistema de saúde no país.

Sendo a saúde considerada como um direito fundamental e um dever do Estado em promover suas ações e serviços de modo universal, o artigo 198 da Constituição Federal determina a criação de um Sistema Único de Saúde - SUS, com a função de executar, fiscalizar e organizar as ações envolvendo a saúde pública.

Após a promulgação da Constituição, a saúde e seu sistema unificado foram regulados, no âmbito infraconstitucional, pela Lei nº 8.080/90. Segundo a o artigo 4º da Lei, o SUS pode ser definido como um conjunto de ações e serviços de saúde, com o objetivo de promover o atendimento integral da população, priorizando atividades preventivas, mas também assegurando os serviços essenciais e a participação da sociedade (BRANCO; MENDES, 2014, p. 645).

Ademais, no artigo 43 da Lei nº 8.080/90, garantiu-se a gratuidade dos serviços de saúde, para isentar a população brasileira de quaisquer formas de pagamento para usufruir de tais serviços, ainda que, na prática, a gratuidade ampla e irrestrita constitua uma barreira para a efetivação desse direito em níveis adequados a todos os indivíduos (MERCANTE, 2002, p. 248-250).

Entretanto, apesar da previsão expressa acerca de um sistema universal, igualitário e gratuito, no contexto atual, a carência na prestação de seus serviços evidencia a necessidade de uma alteração no sistema proposto, a fim de atender efetivamente aos preceitos constitucionais.

Visando à contextualização da atual crise na prestação de serviços de saúde,

estimativas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) demonstraram que, em 2013, os gastos públicos nesse setor corresponderam a apenas 3,6% do Produto Interno Bruto (PIB), percentual que, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), é considerado muito baixo para um país com um sistema de cobertura universal (OMS, 2016, p. 112-113). Enquanto isso, países europeus com sistemas universais investiram, em média, 8,3% do PIB em ações para a promoção de saúde (MENDES, 2013, p. 987).

Demonstrando a situação alarmante em que se encontram os serviços de saúde, levantamento do Conselho Federal de Medicina (CFM) avaliou que, em 2013, o valor investido pelos governos federal, estaduais e municipais totalizaram apenas a quantia de R\$3,05 ao dia para cada brasileiro, ou seja, um gasto anual de R\$1.098,75 *per capita*. Levando-se em consideração o total de duzentos milhões de brasileiros usuários do SUS, tal investimento encontra-se muito aquém dos padrões necessários para a garantia da saúde à população. Em comparação, outros países que possuem sistemas universais de saúde, investiram valores muito superiores, a exemplo do Reino Unido (com média de US\$3.598 anuais para cada habitante), Alemanha (com média de US\$5.006) e Espanha (US\$2.581) (CFM, 2016).

Ademais, em 2014, apenas 6,8% do orçamento público brasileiro foi destinado à promoção da saúde. O percentual brasileiro investido é o terceiro pior entre os trinta e cinco países que compõem o continente americano, estando muito abaixo da média mundial, de 11,7% (CFM, 2017).

Em relação ao perfil dos usuários do SUS, conforme dados obtidos pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD), entre 1998 e 2008, a procura pelos serviços de saúde pública foi predominante entre as pessoas até o sétimo decil. Entre o decil mais pobre, o SUS cobre 88% dos atendimentos e, entre o sétimo decil, a cobertura dos atendimentos foi de 56%. Ademais, observou-se um aumento da proporção do financiamento dos serviços de saúde pelo SUS entre o decil mais rico, que passou de 13% para 17%, atualmente.

A fim de compreender os resultados dessa pesquisa, cabe ressaltar que os dados são divididos em décimas partes, isto é, partes correspondentes a 10%. Conforme os dados coletados na pesquisa do PNAD, o primeiro decil corresponde ao corte para os 10% da população com a menor renda entre o total dos entrevistados. O sétimo decil corresponde a 70% dos dados obtidos, ou seja, os 70% da população com a menor renda.

Da análise de estatísticas concretas, visualiza-se atualmente uma verdadeira crise no sistema de acesso da população brasileira aos serviços públicos de saúde, uma vez que muitos indivíduos hipossuficientes só conseguem alcançar a tutela estatal mediante a prestação jurisdicional, em face da ausência de recursos para a promoção de tratamentos médicos de qualidade.

A questão a ser tratada, tanto na efetivação do direito à saúde por meio de Políticas Públicas formuladas pelo Poder Executivo quanto na hipótese de requerimento individual perante o Poder Judiciário, refere-se à real necessidade de o Estado fornecer tal tratamento de forma gratuita. Há situações em que o próprio indivíduo possui condições econômicas ou financeiras para custear determinado serviço, de modo que contraria o princípio da subsidiariedade a busca pelo amparo estatal, quando não há real necessidade para tanto.

Portanto, destaca-se que à pessoa individualizada também recai a responsabilidade pela saúde. Nesse caso, a responsabilidade individual implica que, embora todos tenham acesso a ações e serviços de saúde, a gratuidade seja concedida apenas à pessoa que comprovadamente não detenha capacidade econômica ou financeira.

Tome-se, a título de exemplo, duas pessoas portadoras da mesma enfermidade que exija a utilização de medicamento, cujo valor mensal seja de R\$ 1.000,00. Enquanto a primeira possua renda mensal de um salário mínimo a segunda possui uma remuneração mensal de R\$ 20.000,00. Entende-se que enquanto a primeira pessoa necessita do amparo do Estado, a segunda pode financiar, por si própria, o tratamento de saúde.

Com base no que se expôs, denota-se ainda que a discussão que permeia as ações judiciais deve ser pautada pela teoria da reserva do possível, segundo a qual a concretização dos direitos sociais que exigem prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado (SARLET; TIMM, 2010, p. 29), o que implica que deveriam ser precedidas pela análise da capacidade econômica ou financeira dos destinatários das demandas sociais.

Considerar a saúde como um direito fundamental de caráter gratuito a todos que vierem a pleitear determinado medicamento ou tratamento médico prejudica o acesso daqueles que efetivamente necessitam de sua concretização. Em razão da escassez de recursos financeiros por parte do Estado para a promoção de serviços de saúde adequados de forma universal, impõe-se a necessidade de mudanças estruturais no sistema de proteção da saúde pública.

Isso porque, tendo em vista o princípio da reserva do possível, a efetivação dos direitos fundamentais depende diretamente da disponibilidade de recursos por parte do Estado. Todos os direitos, tanto os direitos de caráter prestacional quanto os direitos de defesa, implicam em determinados custos para o Estado. Assim, nenhum direito será considerado absoluto, pois dependerá da existência de recursos econômicos do poder público para serem realizados (HOLMES; SUSTEIN, 2011, p. 119-120).

Conforme sintetiza Galdino, não existem direitos propriamente gratuitos, vez que, mesmo os direitos considerados pela doutrina tradicional geram custos

positivos, o que impõe ao ente estatal o dever de organizar a efetivação de determinadas garantias, observando-se o planejamento orçamentário (GALDINO, 2005, p. 336-339).

Logo, a subsidiariedade afigura-se como um princípio balizador da atuação dos poderes públicos, visando a delimitar o espaço em que lhes cabe agir, daquele em que devem abster-se, sob risco de praticarem excesso. A teoria da reserva do possível se coaduna com esse princípio, reforçando o argumento de que os custos inerentes à concretização dos direitos fundamentais, tais como o direito à saúde, constituem um limite que deve ser observado pelo Estado.

Com base no que se expôs, a discussão que permeia as ações judiciais, pautadas pela teoria da reserva do possível, deveria ser precedida da análise da capacidade econômica ou financeira dos destinatários das demandas sociais prestadas pelos poderes públicos. Assim, ao Estado caberia conferir a máxima efetividade ao direito fundamental à saúde, quando envolver prestações positivas individualizadas, se o demandante demonstrar a sua hipossuficiência.

Nessa linha de abordagem, constatou-se um avanço, embora parcial, por ocasião do julgamento do Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva – IRDR nº 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 2016. Entendeu o Tribunal que, para a concessão judicial de remédios ou tratamentos não padronizados pelo SUS, devem ser observados alguns requisitos, dentre eles, a demonstração de hipossuficiência financeira do requerente. Cabe ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça – STJ manifestou-se de forma similar no Recurso Especial nº 1.657.156 2017/0025629-7.

Finaliza-se com a observação de que o melhor caminho para a definição de critérios objetivos para a modulação da gratuidade, segundo o princípio da subsidiariedade, é mediante a edição de norma infraconstitucional. Nessa perspectiva, merece destaque a aprovação da Lei nº 9.908/93 pelo Estado do Rio Grande do Sul, que determinou o fornecimento gratuito de medicamentos de indispensáveis à vida do paciente apenas às pessoas que comprovem insuficiência econômica ou financeira para arcarem com os seus custos.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das concepções abordadas, tornou-se possível compreender que, conforme a previsão constitucional, a saúde deve ser assegurada de forma universal, igualitária e gratuita, mas em razão das limitações de recursos estatais, há dificuldade em se promover a sua concretização a toda a sociedade.

No contexto atual, verifica-se que a caracterização da saúde como um direito gratuito a todos atribui demasiada generalidade ao dispositivo constitucional. Ao

contemplar inclusive aqueles que possuem recursos suficientes para custeá-la, esse modelo contraria o princípio da subsidiariedade, segundo o qual o ente estatal deve intervir em assuntos concernentes aos indivíduos apenas de forma secundária, conforme as necessidades fáticas.

Nesse sentido, buscou-se demonstrar, a partir da aplicação do princípio da subsidiariedade, que o direito à saúde é um direito de todos e uma responsabilidade solidária dos entes da federação, mas que pode ser modulado de acordo com a capacidade econômica ou financeira dos seus destinatários. Para atingir esse objetivo, entende-se que há possibilidade de a referida modulação ser definida por legislação ordinária, conforme elementos comprobatórios da capacidade econômica ou financeira.

Desse modo, a partir da aplicação de tais preceitos, efetivar-se-ia o direito fundamental à saúde no sentido de possibilitar que o Estado atue como um agente capaz de fornecer efetivamente as prestações sociais a quem delas necessita. Neste sentido, os poderes públicos passariam a conceder serviços e tratamentos de saúde à sociedade de forma eficiente e com qualidade, o que na atualidade ainda se afigura, em parte, como uma promessa não cumprida.

REFERÊNCIAS

- AGESTA, Luiz Sanchez. El principio de la función subsidiaria. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 121, jan./fev. 1962, p. 5-22.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALTHUSIUS, Johannes. **Política**. Rio de Janeiro: Liberty Fund; Topbooks, 2003.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e revolução. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 200, abr. 1995, p. 21-54.
- BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.
- BRANCO, Paulo Gustavo Tonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.
- CIPRIANI, Manoella Peixer; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, n. 3, v. 13, set./dez. 2017, p. 163-188.
- CFM. Conselho Federal de Medicina. **Gasto público em saúde no Brasil é o 3º pior das Américas**. 2017. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27051:2017-07-17-15-55-15&catid=3>. Acesso em: 15 jan. 2018.

DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DUARTE, Francisco Carlos; NACLE, Isabella Cristina. Subsidiariedade: a evolução do princípio constitucional limitador da interferência estatal. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 68, jun. 2014, p. 91-107.

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

ENCÍCLICAS DOS SUMOS PONTÍFICES: **Rerum Novarum, Quadragesimo anno, Mater et Magistra**. São Paulo: Edições e publicações Brasil Editora, [196].

GALDINO, Flavio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass Robert. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editora Tecnos, 1995.

_____. **La tercera generación de derechos humanos**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

MENDES, Áquilas. A longa batalha pelo financiamento do SUS. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, n. 4, v. 22, 2013, p. 987-993.

MERCANTE, Otávio Azevedo (coord.). Evolução das Políticas e do Sistema de Saúde no Brasil. In: FINKELMAN, Jacobo. Caminhos da saúde pública no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002, p. 248-250. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/sd/pdf/finkelman-9788575412848.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

MESSNER, Johannes. **La Cuestión Social**. Madrid: Ediciones Rialp, 1960.

OMS. Organização Mundial da Saúde. **Sistema de Saúde no Brasil**: organização e financiamento. Rio de Janeiro: 2016, p. 112-113. Disponível em: <http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5213:opas-oms-disponibiliza-publicacao-sobre-organizacao-e-financiamento-do-sistema-de-saude-brasileiro-2&Itemid=843>. Acesso em: 15 jan. 2017.

PICAZO, Luís-Diez. Los principios generales del Derecho em el pensamiento de F. de Castro. **Anuario de Derecho Civil**, Madri, n. 4, 1983.

PISARELLO, Gerardo. **Los Derechos Sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

QUADROS, Fausto de. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário**. Coimbra: Almedina, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 12, out./dez. 2011, p. 1-35.

_____. Direitos Fundamentais em espécie. *In*: Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANÁLISE DE CONTRATOS COM CLÁUSULAS ABUSIVAS

Data de aceite: 23/03/2020

Weider Silva Pinheiro

Mestrando e Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UGF. Especialista em Teologia pela UGF. Especialista em Direito Notarial e Registral pela UCAM. Especialista em Direito Notarial e Registral pela FUNIP. Especialista em Direito de Família pela FUNIP. Especialista em Ciência Política pela FVC. Especialista em Perícia Judicial e Extrajudicial pela FVC. Especialista em Psicologia Jurídica pela Faculdade Futura. Tabelião Substituto do Cartório Bruno Quintiliano, do Distrito judiciário de Nova Brasília, Comarca de Aparecida de Goiânia/GO.

RESUMO: A Finalidade deste trabalho é realizar um estudo sobre as cláusulas abusivas que permeiam os contratos bancários abrangendo a proteção oriunda do código de defesa do consumidor, analisando a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo. É através da evolução social que surgiu a necessidade da elaboração de um código especial que trate do consumidor, uma vez que este encontra-se na posição de hipossuficiente, é através do código as relações consumeristas são protegidas através de princípios. Esse estudo fundou-se

numa pesquisa bibliográfica, dos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais.

PALAVRA-CHAVE: cláusulas abusivas – vulnerabilidade do consumidor. – direito do consumidor.

ABSTRACT: The purpose of this work is to carry out a study on the unfair terms that pervade banking contracts, covering the protection derived from the consumer protection code, analyzing the consumer's vulnerability in this consumer relationship. It is through social evolution that the need has arisen to draw up a special code dealing with the consumer, since the latter is in the position of being hypossufficient, it is through the code that consumer relations are protected through principles. This study was based on bibliographical research, doctrinal and jurisprudential teachings.

KEYWORDS: unfair terms - consumer vulnerability. - consumer's right.

1 | INTRODUÇÃO

O Direito deve estar presente em todas as esferas da sociedade, sua função é proteger o cidadão, sua ação deve ser focada em interagir com os sistemas proporcionando

segurança jurídica. No regime capitalista o antigo modelo de comércio tornou-se um modelo falido, atribuindo a economia a necessidade de uma nova realidade. A ideia de proteção ao consumidor surge por causa da modernização e das mudanças no modelo de comércio, passou a ser necessário e urgente proteger o consumidor contra possíveis abusos e lesões que por ventura decorram do poder das empresas e desta maneira tendo argumentos para responsabiliza-las de forma correta e equilibrando as relações de consumo. O desenvolvimento empresarial, deixou claro a necessidade de uma proteção ao consumidor, em virtude de possíveis lesões e abusos ao patrimônio, originados ao poder das instituições. A questão do poder econômico compõe a regra e deve ser desempenhado conforme a função social e da prestação de serviço à sociedade.

A criação da lei consumerista acontece em virtude da previsão Constitucional, conforme consta no Artigo 5º, XXXII, que determinava ao Estado o formente sobre a defesa do consumidor. Era visto como garantia fundamental. A lei 8078/90, foi considerada como um marco nas relações jurídicas entre consumidores e fornecedores, considera-se ainda que o Código de defesa do Consumidor é uma lei fundada em princípios pois esse modelo não existia no ordenamento jurídico. Lei fundada em princípios é toda aquela que insere-se em qualquer relação jurídica e que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também fundada em outra norma jurídica infraconstitucional.

Essa nova legislação buscou trazer a conscientização dos consumidores em relação aos seus direitos sobre os fornecedores em relação ao cumprimento das obrigações que foram postas ao mercado em relação ao produto e aos serviços. Os princípios protegidos pelo código de defesa do consumidor confirmam a importância no ordenamento jurídico. Destaca-se que a lei nº 8078/90, com fundamento no princípio da boa fé, resguardado pelo Direito Privado. Sendo que com uma nova roupagem, favorecendo a boa fé objetiva, caracterizada pelo comportamento justo do fornecedor. A transparência passa a ser proveniente do princípio, sendo destacada nos artigos que mediam o Código de Defesa do Consumidor. É importante ter conhecimento que antes do surgimento do Código de Defesa do Consumidor, as relações de consumo foram reguladas pelo Código Civil de 1916, isto acaba por causar prejuízos ao consumidor, pois este não analisava a vulnerabilidade.

As relações jurídicas designadas de consumo, tem como principal característica a fragilidade dos consumidores e precisavam de uma tutela que visasse atender aos interesses dos desiguais, seja essa vulnerabilidade econômica, jurídica ou técnica. A ideia de proteção ao consumidor surge por causa da modernização e das mudanças no modelo de comércio, passou a ser necessário e urgente proteger o consumidor contra possíveis abusos e lesões que por ventura decorram do poder

das empresas e desta maneira tendo argumentos para responsabiliza-las de forma correta e equilibrando as relações de consumo.

O desenvolvimento empresarial, deixou claro a necessidade de uma proteção ao consumidor, em virtude de possíveis lesões e abusos ao patrimônio, originados ao poder das instituições. A questão do poder econômico compõe a regra e deve ser desempenhado conforme a função social e da prestação de serviço à sociedade. Por conta de atender a um número crescente de sujeitos, tornou-se necessário uma rapidez nas contratações, as instituições bancárias utilizam contratos que são postos em formulários impressos, e contendo cláusulas uniformes, determinando previamente condições, os denominados contratos de adesão.

As instituições ao adotarem os contratos de adesão, não estabelecem negociações preliminares, é aquele contrato pronto antes do cliente ter a intenção de assina-los. Ao ter o desejo de contratar e no momento que for proposto a relação contratual, o cliente deverá aceitar de acordo com o proposto pelo contrato de adesão, não havendo discussão sobre as cláusulas limitando-se apenas ao aceite do que é proposto. As instituições bancárias estão presentes como base na sociedade moderna, em virtude do poder de circulação, aumento e fomento de riquezas, autorizando e apoiando as aplicações vantajosas ao capital, possibilidade de alcance aos recursos. As atividades bancárias atuam direta ou indiretamente no cotidiano da vida, seja no agir do salário, recebimento de aposentadorias, pagamento de empréstimos e financiamentos.

As instituições bancárias atuam com os demais estabelecimentos comerciais, visam o lucro, principalmente em relação ao juros cobrado. Diante da situação econômica de hoje, os serviços bancários se transformaram em essenciais para o consumidor. Os contratos bancários de um lado facilitam a prestação de serviços, a contratação porém de outro lado, pode acontecer de provocarem o desequilíbrio contratual, destacando-se que os bancos fazem uso de sua hierarquia econômica para fazer incidir por vezes cláusulas consideradas abusivas, caracterizando como afronta ao princípio da boa fé e lealdade contratual.

2 | CLÁUSULA ABUSIVA E SANÇÃO DO DIREITO

O surgimento do Código de Defesa do Consumidor nasceu como um regime estruturado que tem como fundamento o direito social, com base na boa fé, na dignidade da pessoa humana e principalmente na proteção do sujeito que encontra-se economicamente desfavorecido. São criadas com fundamento neste arcabouço legal de diversas medidas protetivas que visem a proteção do consumidor, do sujeito que encontra-se no polo desfavorecido.

O fenômeno das contratações em massa trouxe um descompasso nas relações jurídicas entre as partes. Não há entre elas concessões recíprocas e desapareceu o justo equilíbrio entre direitos e obrigações. Nos contratos de adesão, o fornecedor, com poder econômico superior, impõe condições ao consumidor sem que este, sequer, possa discutir os termos do contrato. Sua elaboração é feita de modo unilateral pela empresa, o que afasta as discussões paritárias e os debates prévios, restando ao consumidor simplesmente aderir à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.

Muito utilizado nas negociações, sob a forma de contratos de planos de saúde, de operações bancárias, de incorporação imobiliária, entre outros, esse novo método de contratação merece atenção especial, principalmente pela crescente situação de sujeição da parte evidentemente inferior e pela ampliação das possibilidades de imposição de cláusulas abusivas.

Como não poderia ser diferente, a prática de inclusão destas cláusulas remete ao sistema de proteção contratual do consumidor. Esta proteção, no que se refere à utilização de cláusulas contratuais preestabelecidas unilateralmente pelo fornecedor, assume relevância social à medida que aumenta a potencialidade de serem gerados danos a um número indeterminado de pessoas. Vale lembrar que as cláusulas abusivas, também chamadas de opressivas, vexatórias, onerosas e excessivas, podem ser encontradas em outras formas de contratação além do contrato de adesão. Muito embora seja esta a modalidade mais utilizada, a proteção ao consumidor se dá em todos os contratos de consumo.

No intuito de repelir essa prática, as normas do CDC funcionam como instrumentos do direito para recompor o equilíbrio, a força da vontade, das legítimas expectativas do consumidor, de modo a compensar, assim, sua vulnerabilidade fática. Tanto o elenco do art. 51 do CDC, quanto seu art. 53, trazem hipóteses de cláusulas abusivas, nulo pleno direito.

O caráter exemplificativo, ou *numerus apertus*, do rol do art. 51 do CDC é percebido em seu caput, por meio da expressão “entre outras”, e nos incisos IV e XV que ampliam as possibilidades de incidência das abusividades. Proibidas pelo art. 6º, IV do mesmo Código, elas não podem ser validadas, sua nulidade é absoluta e, portanto, eximem o consumidor de seu cumprimento. Dado o caráter de ordem pública e interesse social do CDC, o magistrado deve reconhecer, de ofício, a abusividade de uma cláusula. A decisão, constitutiva negativa, que reconhece sua nulidade tem efeito *ex tunc*, retroagindo desde a data da celebração do negócio.

Cumprido lembrar que a nulidade de uma cláusula abusiva não invalida o conteúdo do contrato, salvo se sua ausência ensejar ônus excessivo a qualquer das partes. Em virtude do princípio da conservação dos contratos (art. 51, §2º do CDC), afasta-se a cláusula abusiva e mantêm-se os demais dispositivos, desde que

resguardado o justo equilíbrio entre as partes contratuais. Além da decretação da nulidade, o CDC confere ao juiz a possibilidade de revisar o contrato (art. 6º, V do CDC).

A revisão, nos casos em que a exclusão da cláusula retira a própria essência do acordo firmado, é o melhor caminho para permanência do vínculo e da função socioeconômica do negócio jurídico. Tanto a nulidade, quanto a revisão, são instrumentos compatíveis com o esforço de se evitar a invalidação de todo o contrato. Uma cláusula pode ser abusiva se analisada isoladamente, mas se observada no contexto de determinado contrato pode ser perfeitamente lícita.⁵¹ Ressalte-se que, dentre os quinze dispositivos elencados no art. 51 da Lei n.º 8.078/90, terá atenção especial neste trabalho aquele compreendido como cláusula geral da boa-fé. Trata-se do inciso IV, cuja presente obra cuidará de mostrar a conexão entre a abusividade das cláusulas e o atual paradigma, relativo ao princípio da boa-fé objetiva.

A proteção contra cláusulas abusivas, enquanto direito básico do consumidor, funda-se no princípio da isonomia, na busca de uma igualdade substancial, real e efetiva, e não meramente formal. Finalmente, o repúdio às abusividades tem como escopo o estabelecimento do equilíbrio nas contratações, de modo que o contrato cumpra com sua função social e de circulação de riquezas, sem que o consumidor sofra prejuízos.

2.1 Cláusulas abusivas nos contratos bancários

Os contratos bancários apresentam a faculdade deterem cláusulas que podem conter aspectos abusivos, trazendo ao consumidor onus exagerados, excessivos causando um desequilíbrio contratual. A abusividade de cláusulas e os reflexos dessa onerosidade contratual causam reflexos nas operações bancárias fazendo com que a instituição financeira tente se sobrepor as legalidades.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), ao tratar da responsabilidade civil do fornecedor pelos defeitos de produtos (art. 12) e de serviços (art. 14), prevê expressamente que a responsabilidade de reparação pelos danos causados aos consumidores, em face dos produtos ou serviços colocados no mercado de consumo, independe da existência de culpa, logo trata-se de responsabilidade objetiva. Anote-se que a responsabilidade que o Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor (de produtos ou de serviços) é um dever de qualidade e de segurança. Isto quer dizer que aquele que coloca um produto ou um serviço no mercado tem a obrigação legal de ofertá-lo sem risco ao consumidor no que diz respeito à sua saúde, à sua integridade física e ao seu patrimônio. Esses critérios aliados ao avanço tecnológico, faz com que os bancos utilizem-se cada dia mais de operações eletrônicas, caixas eletrônicas, porém o emprego de melhorias ou de vantagens tanto para os consumidores quanto para o banco não podem representar

ações que minimizem a responsabilidade das instituições financeiras em virtude desta garantirem e deverem cumprir os princípios formadores do contrato, devendo agir com base na boa fé e no equilíbrio contratual.

As cláusulas limitativas de responsabilidade e que transfiram ao consumidor a responsabilidade pelo uso de cheques, cartões, assinaturas chamadas de eletrônicas ou de senhas pessoais causam desequilíbrio ao contrato, ao impedir e limitar a composição equitativa dos interesses privados que o contrato regula. A excludente da responsabilidade civil acontece em situações fortuitas que são externas ao serviço e sua aplicação acontece nas relações de consumo, pois as excludentes de responsabilidades previstas no código de defesa do consumidor não é um rol taxativo.

O inciso I, do artigo 51 do código de defesa do consumidor serve para chamar a atenção para o critério do fornecedor, no intuito de que quando o contrato apresenta como escopo o consumo este não deve prever cláusulas que ditem pela renúncia de direitos ao consumidor. É importante destacar que a instituição bancária por reter e deter o conhecimento relacionado à atividade financeira pregressa de seu cliente, tem todos os instrumentos necessários para observar e concluir se trata-se de uma fraude financeira. Logo imputando uma obrigação demasiadamente excessiva quando transfere essa responsabilidade para o consumidor, pois este não possui instrumentos e nem meios hábeis para comprovar a natureza de uma possível ilegalidade.

Portanto a inversão da responsabilidade nos contratos de consumo é prerrogativa do fornecedor, causando assim uma nulidade contratual e que também encontra-se presente nos contratos bancários. A modificação na cobrança de taxa acontece de forma unilateral pelo banco, isto pode acontecer quanto àquelas que foram contratadas ou em virtude das que normalmente acontece e que são cobradas em face de serviços prestados pela instituição bancária. Essas cláusulas quando estão cientes e previstas nos contratos dão ao banco a possibilidade de modifica-las de forma indistinta nas condições pactuadas.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO PARA AQUISIÇÃO DE MOTOCICLETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. APELO DO BANCO. INSTRUMENTO CONTRATUAL NÃO ENCARTADO NOS AUTOS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS PELA AUTORA. ART. 359 DO CPC. ALTERAÇÃO DAS CLÁUSULAS PACTUADAS PELOS CONTENDORES. POSSIBILIDADE. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVANDA. ART. 6º, INC. V, DO CDC. ALEGADA LEGALIDADE DOS JUROS REMUNERATÓRIOS AJUSTADOS. TESE INSUBSISTENTE. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA TAXAAVENÇADA. FATO QUE, A PRINCÍPIO, IMPÕE A RESPECTIVA LIMITAÇÃO EM 12% AO ANO. MANUTENÇÃO, TODAVIA, DA COBRANÇA DO ENCARGO À TAXAMÉDIA DE MERCADO DIVULGADA PELO BACEN À ÉPOCA DO PACTO, SOB PENA DE REFORMATIO IN PEJUS. CAPITALIZAÇÃO. NECESSIDADE DE PREVISÃO LEGAL E EXPRESSA DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. COBRANÇAINVIABILIZADA PELA

IMPOSSIBILIDADE DE SE AFERIR A RESPECTIVA ESTIPULAÇÃO. OBJETIVADA MANUTENÇÃO DA MULTA MORATÓRIA. COBRANÇA QUE DEVERIA SER EXCLUÍDA, DADA A IMPOSSIBILIDADE DE CONSTATAR A EXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO CONTRATUAL AUTORIZADORA. PRESERVAÇÃO, CONTUDO, DA LIMITAÇÃO DA VERBA EM 2% SOBRE O SALDO DEVEDOR, CONSOANTE DETERMINADO PELO JUÍZO A QUO, EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS. “[. . .] Inerte o estabelecimento bancário ao comando judicial que determinou a apresentação do pacto litigado, haveria de ser obstada a incidência da multa contratual, porque não comprovada sua pactuação. TJ-SC - Apelação Cível AC 20110167665 SC 2011.016766-5 (Acórdão) (TJ-SC) Data de publicação: 21/07/2014¹

As condições contratuais que reservam aos bancos, no papel de fornecedor a opção adotada pela aplicação de índices ou de novas taxas, segundo as regras que são estabelecidas por novas regras que encontram-se vigentes no mercado sem que exista consulta prévia ou anuência do consumidor são em princípio nulas conforme o estabelecido pelo caput do artigo 51 do código de defesa do consumidor.

Os bancos em determinados momentos, encontram-se fundados sobre o objetivo de manter seus lucros, sua finalidade é lucrativa e acontece de forma indistinta e unilateral, porcedem à majoração dos valores cobrados por seus serviços, assim como a emissão de talonário de cheque, extratos de débito. Desta maneira o artigo 51, XI, do código de defesa do consumidor preleciona as cláusulas que serem nulas e permitem ao fornecedor direta ou indiretamente, variação do preço de forma unilateral.

3 | CONCLUSÃO

As modificações sofridas no atual mundo, altamento tecnologico, mundo hoje globalizado, trouxe inumeras alterações na forma de contratar. o tempo surge como fator que influenciou a maneira que os contratos atualmenta são firmado, os quais foram discutidos previamnete. Desta forma e por conta das alterações sociais nota-se que os contratos de adesão são acordados sem a prévia discussão de suas cláusulas.

Um contratante adere ao contrato e conseqüentemente a vontade do outro, porém não raramente propiciam o surgimento de cláusulas consideradas abusivas, ou seja, aquelas cláusulas que ferem o principio da boa fé, dando ao consumidor um papel de submissão, desfavoravel. por isso foi fundamental ensejar a proteção ao consumidor normalmente posto na condição subjugado, posto a mercê da própria sorte, sendo necessario reafirmar a importancia da cidadania, visando equilibrar a relação contratual. colocando a autonomia de vontade, a liberdade em contratar seguindo os ditames legais e dando a eles equilibrio entre as partes.

Nota-se que o direito do consumdiior abraça a proteção plena da parte inferior, do 1. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ... TJ-SC - Apelação Cível AC 20110167665 SC 2011.016766-5 (Acórdão) (TJ-SC) Data de publicação: 21/07/2014

contratante, tendo como objetivo conduzir de modo legal, respeitando as partes as cláusulas contratuais. Por causa desta regulamentação normativa, a disciplina contratual necessariamente deverá estar seguindo o regramento legal, atendendo aos princípios fundamentais, principalmente o da dignidade da pessoa humana, procurando respeitar a função social do contrato.

Por conta disto quando existe a elaboração das cláusulas contratuais esta deverá atender e respeitar o princípio da boa fé. E as condições que ferem esse princípio como taxas abusivas, serão consideradas cláusulas passíveis de nulidade. fundadas sobre a necessidade de desenvolver suas atividades, as empresas obrigatoriamente precisam fazer uso de serviços bancários pois estão inseridas num mundo global. entende-se que numa sociedade massificada a relação entre sociedade e sistema bancário é fundamental, sendo importante seguir os ditames legais.

Porém nesse instante a instituição bancária esquivava-se de fornecer meios, documentos que viabilize os serviços prestados ou mesmo que subtraia valores da conta dos clientes, este estará lesando este de forma inexorável, causando prejuízos de ordem moral e material. Entende-se que a atividade bancária deve envolver valores monetários, deve pautar-se em oferecer segurança não podendo haver ruptura nessa relação de confiança.

A confiança deve fundamentar essa relação jurídica entre tanto banco, instituição financeira e seus clientes, pois só assim poderá haver contratos equilibrados de forma igualitária nas suas relações. pois tanto o cliente bancário como o judiciário não podem ficar inertes as cláusulas abusivas. eles não podem aceitar essas condições que lhe são impostas. O Código de defesa do consumidor impõe a proibição de condições que viabilizem o arrependimento unilateral, deixando a cargo do fornecedor exclusivamente a prerrogativa de optar pela conclusão ou não do contrato. Não sendo aceitável a modificação unilateral do contrato de acordo com a vontade da instituição financeira.

Sendo importante considerar nulas as cláusulas que estabeleçam as condições contrárias ao regramento legal ou que esteja ferindo o princípio da boa fé, sendo porém que as cláusulas consideradas abusivas não são taxativas, servem apenas como norte, como diretriz ao contrato. Torna-se explícito que a proteção vinda do código de defesa do consumidor altera as relações contratuais, a vedação a cláusulas abusivas por meio das cláusulas nulas vem criar e estabelecer uma maior segurança para o cliente bancário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br.

BRASIL. **Recurso especial nº 57974** –Rio Grande do Sul disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula297.pdf.

BRASIL. **Lei nº 8078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ... **TJ-SC - Apelação Cível AC 20110167665 SC 2011.016766-5 (Acórdão) (TJ-SC) Data de publicação: 21/07/201**

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. **STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1183121 SC 2010/0034668-2 (STJ) Data de publicação: 07/04/2015**

SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. **Fundamentos da regulação bancária e aplicação do princípio da subsidiariedade**. São Paulo: Almedina, 2015.

VENOSA, Silvio Salvo de. **Direito Civil Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013. P 300.

AS COMISSÕES DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA REDE MUNICIPAL DE ENSINO DE SÃO PAULO

Data de aceite: 23/03/2020

Elaine Aparecida Pereira

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Programa de Estudos Pós-Graduados em
Educação: História, Política, Sociedade
São Paulo – São Paulo
<http://lattes.cnpq.br/3147884772244425>

Paulo Roberto Rodrigues Simões

Secretaria Municipal de Educação, Escola
Municipal de Ensino Fundamental Professor
Felício Pagliuso
São Paulo – São Paulo
<http://lattes.cnpq.br/5597572106817487>

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a proposta de criação das Comissões de Mediação de Conflitos (CMC) nas escolas da Rede Municipal de Ensino de São Paulo, prevista na Lei nº16.134/2015, bem como apresentar resultados parciais de pesquisa realizada durante o curso “Mediação de Conflitos na Perspectiva da Cultura de Paz e Não Violência”, oferecido à profissionais da educação responsáveis pela implantação e implementação das CMC nas unidades escolares, em que os autores desse artigo participaram como formadores. São apresentados no artigo dados coletados referentes: 1) as formas de

prevenção e enfrentamento das manifestações de violência, indisciplina e incivildade utilizadas pelas escolas; 2) a relação entre escola e a família diante da presença de tais fenômenos e 3) a reação da comunidade escolar (gestores, professores, funcionários, pais e alunos) frente a proposta de constituição das CMC nas escolas. A pesquisa foi realizada com profissionais da educação envolvidos na constituição das CMC nas unidades escolares, dentre eles, diretores, coordenadores, professores e assistentes técnicos educacionais, de 22 EMEF's, por meio da aplicação de questionário. Os resultados da pesquisa revelam, entre outras questões, que a maioria das EMEF's pesquisadas utilizam o diálogo como principal recurso no enfrentamento das manifestações de violência, indisciplina e incivildade, que metade destas adotam projetos como forma de prevenção e que grande parte da comunidade escolar reagiu positivamente frente a proposta de implantação das CMC nas escolas. A pesquisa conclui que a maioria das escolas previnem e se preocupam com tais fenômenos e já realizam a mediação de conflitos, embora não de forma sistematizada.

PALAVRAS-CHAVE: Escola; Violência; Mediação de conflitos.

CONFLICT MEDIATION COMMITTEES IN THE SÃO PAULO MUNICIPAL SCHOOL NETWORK

ABSTRACT: The present work aims to analyze the proposal of the creation of the Conflict Mediation Commissions (CMC) in the schools of the São Paulo Municipal Education Network, provided for in Law nº16.134 / 2015, as well as to present partial results of research carried out during the course “Conflict Mediation from the Perspective of the Culture of Peace and Nonviolence”, offered to education professionals responsible for the implementation and implementation of CMC in school units, in which the authors of this article participated as trainers. The article presents data collected referring to: 1) the forms of prevention and coping with the manifestations of violence, indiscipline and incivility used by schools; 2) the relationship between school and family in the presence of such phenomena; and 3) the reaction of the school community (managers, teachers, staff, parents and students) to the proposed constitution of CMC in schools. The research was conducted with education professionals involved in the constitution of CMC in school units, among them, principals, coordinators, teachers and technical assistants of 22 EMEF’s, through the application of a questionnaire. The survey results reveal, among other issues, that most of the surveyed EMEFs use dialogue as their main resource in confronting the manifestations of violence, indiscipline and incivility, that half of them adopt projects as a form of prevention and that a large part of the community responded positively to the proposed CMC implementation in schools. The research concludes that most schools prevent and worry about such phenomena and already perform conflict mediation, although not in a systematic way.

KEYWORDS: School; Violence; Conflict Mediation.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discutir a proposta de implantação das Comissões de Mediação de Conflitos (CMC) em todas as escolas da rede municipal de ensino da cidade de São Paulo, prevista na Lei nº16.134/2015, por meio da análise do documento, assim como apresentar parte dos dados coletados em pesquisa realizada durante curso de formação oferecido a membros das CMC. Neste trabalho, serão apresentadas informações referentes as formas de combate à violência, indisciplina e incivilidade, adotadas por Escolas Municipais de Ensino Fundamental (EMEF’s), a relação da escola com a família no enfrentamento de tais questões e a reação da comunidade escolar frente a legislação que orienta a constituição das CMC nas unidades.

A discussão sobre as diferentes formas de manifestação da indisciplina, da incivilidade e da violência nas escolas tornou-se recorrente entre educadores, pais, sociedade civil e vem ganhando espaço na grande mídia brasileira, aumentando

o clima de insegurança e desconfiança nas escolas e sobre as escolas. Dados publicados pelo Observatório Europeu da Violência Escolar (DEBARBIEUX; BLAYA, 2002) revelam que este fenômeno não ocorre apenas no Brasil, mas está presente em muitos países da Europa, como França, Alemanha, Inglaterra, Bélgica, entre outros. Diante de tal fenômeno, vários desafios são postos, o primeiro deles é identificar se o que denominamos de violência na escola realmente pode ser conceituado de tal forma. Esse exercício, no entanto, não é fácil diante da complexidade de fenômenos que se manifestam de forma imbricada no cotidiano escolar e dos estereótipos ou rótulos reservados a certos comportamentos considerados prejudiciais a convivência escolar e ao ambiente necessário para a aprendizagem.

Charlot (2002), afirma que a violência não é um fenômeno novo, surgido nos anos 1980 intensificado nos anos 1990, uma vez que há registros de explosões de violência em escolas de 2º Grau já no século XIX, mas assume formas novas. Os ataques ou insultos dirigidos aos professores parece ser algo novo, além do envolvimento de alunos cada vez mais jovens em situações de violência. A violência na escola deixou de ser, portanto, um fenômeno acidental para se tornar uma questão estrutural, tratada muitas vezes de forma genérica, exigindo dos pesquisadores do tema um esforço para distinguir conceitualmente as diversas manifestações categorizadas como violência na escola. Dessa forma, segundo o autor, seria necessário diferenciar a violência na escola, aquela que adentra o espaço escolar, da violência à escola, expressa em depredações e agressões contra professores, e ainda a violência da escola, que se manifesta na própria organização institucional de maneira simbólica.

Sobre a violência na escola que não é oriunda desta, mas é reflexo do contexto social, Ianni (2002) aponta que a sociedade é em si uma fábrica de violência social, cujos ideais de “progresso” e “civilização” tendem a encobrir as desigualdades e brutalidades cotidianas. Para o autor:

A violência está presente e evidente, escondida e latente, em muitos lugares, nos mais diversos setores da vida social, envolvendo indivíduos e coletividades, objetividades e subjetividades. É um fenômeno eminentemente histórico, no sentido de que se constitui no curso dos modos de organização social e técnica do trabalho e da produção, das formas de sociabilidade e dos jogos de forças sociais. (IANNI, 2002, p.13)

Nesse sentido, a violência na escola não pode ser compreendida como um fenômeno endógeno, mas como expressão de uma estrutura social que é em si violenta. Para além desta, segundo Charlot (2002), coexistem na escola outros comportamentos distintos da violência tal como a reconhecemos de imediato, caracterizada pelo ataque a lei mediante o uso da força, identificados por pesquisadores europeus como transgressão e incivilidade. A primeira é identificada como comportamentos contrários ao regulamento interno da instituição,

o não cumprimento de regras, e a segunda como comportamentos contrários, especificamente, às regras da boa convivência, como empurrões, xingamentos, grosserias repetidas cotidianamente.

De acordo com o pesquisador belga Blomart (2002), o fenômeno da incivilidade seria uma faceta da violência ou uma forma de violência que tem se manifestado com frequência no ambiente escolar em que o uso da disciplina severa como, por exemplo, a exclusão do aluno tem se tornado menos eficaz e menos apropriada para o seu enfrentamento. Sobre o fenômeno da violência no contexto belga, o autor afirma:

(...) ela (violência) vem lentamente aumentando nas escolas primárias, sob a forma de incivilidade. Esse 'comportamento anti-social' cotidiano toma diversas formas (ruído permanente, rudeza, recusa a trabalhar, passividade, hostilidade e zombaria) e envenena a atmosfera das salas de aula, avilta os professores e desgasta sua energia e, ao mesmo tempo, degrada as relações entre os adultos, entre as crianças e entre crianças e adultos. (BLOMART, 2002, p. 35)

Para o pesquisador francês Debarbieux (2002), a discussão presente nas pesquisas sobre o que se poderia chamar de “microviolência” ou intimidação, que se enquadraria na categoria de “incivilidade”, tem demonstrado relevância uma vez que o fenômeno da violência não deve ser tratado como um todo indivisível, em sua generalidade. De outro modo, o autor aponta que “o uso excessivo do conceito de incivilidade pode levar a uma superqualificação da desordem escolar, o que significaria uma percepção equivocada do que realmente está em questão (...)” (DEBARBIEUX, 2002, p. 28).

As considerações apresentadas pelos autores revelam a complexidade do fenômeno da violência e a recente discussão acerca da necessidade de se diferenciar e conceituar comportamentos que se distinguem da facilmente reconhecida violência física. Essa diferenciação torna-se necessário visto que o enfrentamento de cada fenômeno em específico também deve ser particularizado e não generalizado. A discussão pode se tornar ainda mais complexa quando se trata da questão da presença de diversos conflitos no interior da escola. Com relação a definição deste conceito, afirma Chrispino:

Conflito é toda opinião divergente ou maneira diferente de ver ou interpretar algum acontecimento. A partir disso, todos os que vivemos em sociedade temos a experiência do conflito. Desde os conflitos próprios da infância, passamos pelos conflitos pessoais da adolescência e, hoje, visitados pela maturidade, continuamos a conviver com o conflito intrapessoal (ir/não ir, fazer/não fazer, falar/não falar, comprar/não comprar, vender/não vender, casar/não casar etc.) ou interpessoal, sobre o qual nos deteremos. São exemplos de conflito interpessoal a briga de vizinhos, a separação familiar, a guerra e o desentendimento entre alunos. (CHRISPINO; CHRISPINO apud CHRISPINO, 2007, p.15)

No Brasil, para além da violência, expressa em suas diversas formas, o aumento dos conflitos presentes no ambiente escolar pode estar relacionado

também ao processo de universalização do ensino público, ocorrido nas últimas décadas do século XX, uma vez que a escola passou a atender não apenas um número maior de alunos, mas também possibilitou a convivência de grupos sociais heterogêneos quanto às condições socioeconômicas, étnicas, religiosas, culturais, de gênero, entre outras. Conforme nos aponta Candau (2012), a universalização da escolarização no Brasil não foi acompanhada da discussão acerca do caráter monocultural presente na dinâmica do sistema escolar, “tanto no que se refere ao conteúdo do currículo quanto às relações entre os diferentes atores, às estratégias utilizadas nas salas de aula, aos valores privilegiados etc” (CANDAU, 2012, p. 243). Essa forma de tratar o heterogêneo como homogêneo também se caracteriza, portanto, como uma expressão da violência simbólica da escola.

Concomitante a expansão do ensino público, em meio ao processo de democratização da sociedade e da luta por garantia de direitos, cresce também os conflitos dentro da comunidade escolar. Se antes a escola se caracterizava como uma instituição destinada a grupos homogêneos e fechada em si mesma, esse contexto mais democrático apresenta novas demandas, como o atendimento irrestrito a todas as crianças em idade escolar, a implantação da gestão democrática, a articulação com órgãos externos, como a rede de proteção social, expandindo o contato com as famílias e possibilitando com isso a intensificação de conflitos de diversas naturezas. A escola, dessa forma, torna-se o lugar privilegiado do conflito.

Na concepção de diferentes autores que discutem a questão da violência na escola, como Chrispino (2007) e Schilling (2009), os conflitos são positivos, cabendo à escola reconhecer o seu valor e a importância de lidar com questões conflituosas entre os membros da comunidade escolar. Sobre esse aspecto do conflito aponta Chrispino:

O conflito, pois, é parte integrante da vida e da atividade social, quer contemporânea, quer antiga. Ainda no esforço de entendimento do conceito, podemos dizer que o conflito se origina da diferença de interesses, de desejos e de aspirações. Percebe-se que não existe aqui a noção estrita de erro e de acerto, mas de posições que são defendidas frente a outras, diferentes. (CHRISPINO, 2007, p.16)

Diante da complexidade das novas demandas e desafios apresentados à escola e do contexto histórico fortemente marcado pela violência nas últimas décadas, como característica da estrutura social que se manifesta no interior da instituição e permeia as relações entre os diversos membros da comunidade escolar, nem sempre o diálogo é visto como uma ferramenta possível para a resolução de conflitos. Ao contrário, se observa uma forte tendência a judicialização das relações escolares, conforme nos apontam Chrispino; Chrispino (2008).

Os autores apresentam uma série de exemplos de decisões judiciais, coletadas em diversos tribunais estaduais e superiores, de situações em que a escola ou

os professores foram condenados a indenizar os alunos por danos morais após denúncia e abertura de processo por ocorrências como impedir o aluno de ir ao banheiro, acusar o aluno de ser ladrão na frente de todos, ser negligente ante o ato de violência contra um aluno durante a aula, entre outras.

Ainda de acordo com os autores, a atuação da justiça no universo das relações escolares tem ocorrido em grande número porque os atores envolvidos não estão sabendo lidar com as novas demandas da educação, com a mudança no perfil dos alunos e a diversidade, não têm conhecimento sobre as novas obrigações decorrentes desses dispositivos legais, que explicitam deveres e garantem direitos, e não são capazes de perceber os problemas específicos da escola.

Nesse sentido, muitos problemas inerentes a vida escolar, como os conflitos entre alunos e entre alunos e professores, além das situações de violência, estão sendo encaminhados à órgãos externos a instituição escolar, como o Conselho Tutelar e até mesmo a instâncias do poder judiciário como tribunais estaduais e superiores, indicando uma tendência a impossibilidade do diálogo entre os membros da comunidade escolar e a dificuldade da instituição de resolver seus problemas internos.

2 | AS COMISSÕES DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Conforme mencionado anteriormente, a questão da violência e dos conflitos no interior da escola têm se tornado tema central nas discussões entre os educadores, além de afetar diretamente a aprendizagem dos alunos, em decorrência do clima de insegurança, fragiliza a prática docente e prejudica a socialização. Assim sendo, a Secretaria Municipal de Educação de São Paulo, em Março de 2015, criou a Lei nº 16.134 que dispõe sobre a criação de Comissões de Mediação de Conflitos (CMC), cujas comissões devem ser constituídas em todas as escolas da Rede Municipal de Ensino, compostas por representantes dos gestores, professores, pais de alunos e alunos, com o objetivo de atuar na prevenção e resolução de conflitos que envolvam alunos, professores e servidores da comunidade escolar. A lei em questão foi regulamentada por meio do Decreto nº 56.560 de Outubro do mesmo ano e implantada a partir da Portaria nº 2.974, de Abril de 2016, que estabeleceu um prazo de 60 dias, a contar da data de publicação, para a constituição das CMC em todas as unidades.

A mediação de conflitos é uma prática advinda do campo do direito, com o objetivo de solucionar conflitos rotineiros através do diálogo entre as partes envolvidas com a mediação de uma terceira pessoa. Essa prática, segundo Viana (2009), é utilizada por diversos povos, desde a Antiguidade, e tem se institucionalizado em

vários países como EUA e França, nas últimas décadas do século XX. Originalmente, nestes países, a mediação de conflitos era utilizada para resolver, principalmente, conflitos trabalhistas e comunitários.

A implantação da mediação de conflitos nas escolas é recente. No Brasil, há algumas experiências apresentadas em pesquisas; porém, resultam em práticas isoladas desenvolvidas internamente em unidades escolares e não se caracterizam como programas de redes de ensino destinados a abranger todas as escolas. Como exemplo dessa prática, podemos citar a Secretaria da Educação do Estado de São Paulo que criou no ano de 2010, dentro do programa Sistema de Proteção Escolar, a figura do Professor Mediador Escolar e Comunitário (PMEC) com a função de mediar conflitos no interior da escola e desenvolver o diálogo com outros agentes da comunidade em que a escola está inserida. No entanto, não são todas as unidades que possuem a presença desse profissional, depende das demandas de cada unidade escolar, e mesmo assim, é necessário solicitar autorização aos órgãos competentes, conforme orientações expressas em documento oficial que norteia o Programa de Proteção Escolar.

Para Sampaio e Braga Neto (2007), a mediação na escola é um importante instrumento para a resolução de conflitos, visto que tem como premissa a construção do diálogo e da escuta ativa, possibilitando as partes envolvidas expressarem seus pontos de vista, sentimentos e anseios. Dessa forma, a implantação da mediação de conflitos nas escolas pode reduzir os níveis de violência e de abstenções e ajudar tanto os jovens quanto os adultos a aprofundar a compreensão sobre si próprios e os demais. Segundo os autores:

Muda-se o paradigma de que os adultos devem resolver os conflitos para os jovens, fazendo que estes e as crianças se responsabilizem desde pequenos por seus atos e opções. Esse processo permite reconhecer que o jovem é competente para participar da solução de seus próprios conflitos e, com isso, alimentam-se o crescimento, a auto-estima e ensinam-se atitudes básicas para a sua formação, ou seja, escutar, ouvir o outro e enfrentar conflitos de forma pacífica. (SAMPAIO e BRAGA NETO, 2007, p. 108)

A questão da formação integral do aluno é intensamente discutida por Adorno (2012). Segundo o autor, não basta a escola oferecer a formação intelectual, ela precisa se preocupar também com a formação política e da personalidade ou do caráter das crianças e jovens. A preocupação com a formação integral está relacionada à concepção de Adorno em oferecer uma educação capaz de combater a barbárie. Sobre essa questão aponta o autor:

Como educação contra a barbárie no fundo não pretendo nada além do que o último adolescente do campo se envergonhe quando, por exemplo, agride um colega com rudeza ou se comporta de um modo brutal com uma moça; quero que por meio do sistema educacional as pessoas comecem a ser inteiramente tomadas pela aversão à violência física. (ADORNO, 2012, p. 165)

Nesse sentido, quando Adorno (2012) afirma que a primeira de todas as exigências para a educação é que Auschwitz não se repita ele está se referindo ao fato de que nenhum de nós está livre dos traços da barbárie, visto que, tanto subjetivamente, quanto objetivamente, as condições que conduziram a humanidade ao fascismo continuam existindo. O conceito de barbárie é definido, pelo autor, da seguinte forma:

Entendo por barbárie algo muito simples, ou seja, que, estando na civilização do mais alto desenvolvimento tecnológico, as pessoas se encontrem atrasadas de um modo peculiarmente disforme em relação a sua própria civilização – e não apenas por não terem em sua arrasadora maioria experimentado a formação nos termos correspondentes ao conceito de civilização, mas por se encontrarem tomadas por uma agressividade primitiva, um ódio primitivo ou, na terminologia culta, um impulso de destruição, que contribui para aumentar ainda mais o perigo de que toda esta civilização venha a explodir, aliás uma tendência imanente que a caracteriza. (Adorno, 1995a, p.155)

De acordo com a Portaria nº 2.974/2016, diferentemente do uso da mediação de conflitos no campo jurídico, na escola esta ferramenta deverá exercer, essencialmente, um papel preventivo, objetivando a redução das diferentes formas de violência além de atuar na prevenção e na resolução dos conflitos escolares que prejudiquem o processo educativo e envolvam educandos, professores e servidores. Nesse sentido, é importante destacar que o documento admite o conflito como algo inerente às relações humanas em que adultos, jovens e crianças podem aprender a lidar com estes de forma crítica, reflexiva e transformadora. Sobre essa questão, considerando que a barbárie continuará a existir enquanto persistirem as condições para tal, Adorno (2012) afirma que é necessário uma educação dirigida para a autorreflexão crítica evitando, portanto, que as pessoas se agridam sem refletir a respeito de si próprias.

Outro aspecto importante destacado no documento refere-se ao reconhecimento da presença de conflitos e da necessidade de sua mediação não apenas entre os alunos ou entre professores e alunos, mas entre os próprios servidores, apontando para a importância de uma convivência democrática. Esse tema tem sido pouco discutido no interior da escola em que se costuma admitir problemas de relacionamento entre os discentes ou entre os discentes e docentes, mas pouco se fala sobre os conflitos entre os próprios profissionais da educação ou destes com a comunidade.

O documento destaca como atribuições das CMC nas unidades as seguintes ações:

I – mediar conflitos ocorridos no interior da Unidade Educacional que envolvam educandos(as) e Profissionais da Educação; II – orientar a comunidade escolar por meio da mediação independente e imparcial, sugerindo medidas para a resolução dos conflitos; III – identificar as causas das diferentes formas de violência no âmbito escolar; IV – identificar as áreas que apresentem risco de

As atribuições das CMC apresentadas evidenciam o seu papel preventivo destacando a necessidade de se identificar a natureza dos conflitos ou das manifestações de violência no interior da escola, suas possíveis causas e as áreas de incidência do fenômeno. Essa proposta vai ao encontro da ideia defendida por Charlot (2002) que ressalta a necessidade de se conceituar de maneira precisa os diferentes comportamentos generalizados como violência, a fim de garantir um efetivo enfrentamento do problema. Além disso, a perspectiva de lidar com tais fenômenos de maneira preventiva, obriga a escola a romper com uma postura de indiferença frente a essas manifestações. Para Adorno (2012), a “passividade inofensiva constitui ela própria, provavelmente, apenas uma forma de barbárie, na medida em que está pronta para contemplar o horror e se omitir no momento decisivo”. (ADORNO, 2012, p.164)

A portaria também apresenta uma preocupação com a articulação entre a CMC, o Projeto Político Pedagógico (PPP) e o currículo, indicando que todos esses eixos estão imbricados na prevenção da violência. Assim, embora o ato da mediação em si, desenvolvido pelas CMC, contribua para a resolução de conflitos, favorece e estimula o diálogo entre as partes envolvidas, possibilitando conhecer a gênese do conflito com o objetivo de superar as diferentes formas de preconceito e discriminação, do racismo e da xenofobia. Conforme define o documento, não é desconsiderado a relevância de um projeto pedagógico, expresso no currículo, que contemple a valorização da diversidade étnico-racial, de gênero, cultural e no pluralismo de crenças e ideias como forma de prevenção da violência.

Outras noções propostas pelo documento referem-se à valorização e promoção do protagonismo infantojuvenil, o incentivo à autonomia, à responsabilidade e à solidariedade, não apenas de maneira formal, mas como exercício efetivo diante dos conflitos levando os envolvidos à reflexão e à corresponsabilização. Além dessas questões, estão presentes ainda a preocupação com a promoção dos direitos humanos e a articulação entre a escola e a rede de proteção social, o que indica o reconhecimento da violência presente na escola não como um fenômeno de ordem moral, endógeno, maniqueísta e isolado, mas como expressão de uma estrutura social.

Cabe ressaltar que a portaria sugere a responsabilização dos envolvidos em atos de violência e incivildades por meio da reflexão, além disso a ideia de punição, castigo ou qualquer referência a posturas autoritárias ausente no documento. A legislação enfatiza a ideia de prevenção, por meio da articulação de várias frentes (diagnóstico das manifestações de violência, PPP, currículo, rede de proteção social,

etc) e, dessa forma, rompe com uma cultura escolar que tende a individualizar as manifestações de violência e a analisá-las sob o julgo da moral. Essa conduta autoritária que perdurou muito tempo nas escolas, de acordo com Adorno (2012), se por um lado ela prejudica o objetivo educacional, visto que o sofrimento não forja o caráter, por outro lado, o apelo a vínculos de compromisso também não basta, por isso a mediação de conflitos em si, realizada de forma pontual, isolada de outras ações, dificilmente atingirá seu objetivo. Com relação a essa questão aponta o autor:

É plausível para o entendimento humano sadio evocar compromissos que detenham o que é sádico, destrutivo, desagregador, mediante um enfático 'não déves'. Ainda assim considero ser uma ilusão imaginar alguma utilidade no apelo a vínculos de compromisso ou até mesmo na exigência de que se reestabeleçam vinculações de compromisso para que o mundo e as pessoas sejam melhores. A falsidade de compromisso que se exige somente para que provoquem alguma coisa – mesmo que esta seja boa -, sem que eles sejam experimentados por si mesmos como sendo substanciais para as pessoas percebe-se muito prontamente. (ADORNO, 2012, p.124)

De acordo com a proposta ainda, a CMC não deve se limitar ao ato de mediar conflitos, mas deve estar envolvida, inclusive, nas discussões acerca de um currículo, articulado com o PPP da unidade, que contemple a temática dos Direitos Humanos e, portanto, da diversidade. Embora essa proposição apresente avanços em relação as medidas estritamente punitivas desarticuladas com as práticas pedagógicas, Adorno (2012) nos indica a insuficiência da formação intelectual, ou seja, não basta trabalhar determinado conteúdo de maneira formal, é necessário a experiência. Dessa forma, a escola deve sair do plano da abstração e demonstrar disposição para experimentar certos conceitos como o de democracia, por exemplo, o que implicaria o envolvimento de toda a comunidade escolar e não apenas ações pontuais promovidas por alguns professores. Essa tarefa não é fácil visto que a escola não está isolada da sociedade, muitas vezes, autoritária e violenta.

Além disso, não é possível tratar de certos conteúdos como Direitos Humanos, sem trabalhar a realidade objetiva, caracterizada por uma estrutura social cuja essência é a exploração e a desigualdade, de forma crítica. Sendo assim, embora Adorno (2012) reconheça a importância da escola na adaptação do indivíduo à sociedade, afirma ser necessário também desenvolver uma reflexão crítica por parte do aluno acerca da sociedade, tal como está, possibilitando sua superação. As condições para o exercício da crítica e a contraposição, segundo o autor, são o esclarecimento e a autonomia do indivíduo.

O reconhecimento da importância do papel da escola na formação do indivíduo esclarecido e autônomo não significa desconsiderar as limitações da instituição visto que “enquanto a sociedade gerar a barbárie a partir de si mesma, a

escola tem apenas condições mínimas de resistir a isto”. (ADORNO, 2012, p.116). No entanto, “este deve ser o objetivo da escola, por mais restritos que sejam seus alcances e possibilidades (...) somente ela pode apontar para a desbarbarização da humanidade, na medida em que se conscientiza disso”. (ADORNO, 2012, p.116)

Nesse sentido, é possível reconhecer aspectos progressistas no documento uma vez que este não restringe a atuação da CMC ao pós fato, com o intuito de promover uma conciliação entre as partes, mesmo que momentânea e formal, mas pretende intervir em várias frentes possibilitando não apenas a prevenção, no sentido da contenção, mas propõe uma mudança na concepção de enfrentamento ao problema da violência. Assim se, por um lado, a criação da CMC, por meio de legislação, não deixa de ser expressão da judicialização das relações escolares visto que tende a institucionalizar as relações, com o risco de tornar-se um “tribunal inquisitório” dentro da escola, caso a lei seja mal interpretada ou intencionalmente deturpada, por outro lado, ela impõe a comunidade escolar que reflita sobre o cotidiano e sobre a qualidade das relações entre os seus membros, agindo possivelmente como um espelho que mostra aquilo que se quer ocultar ou que não é possível enxergar dada a complexidade da vida escolar.

3 | RESULTADOS DA PESQUISA

A partir da publicação da Portaria nº 2.974, a Secretaria Municipal de Educação mobilizou as 13 Diretorias Regionais de Educação (DRE) a fim de organizar e oferecer cursos de formação aos profissionais da educação, viabilizando a implementação e implantação das Comissões de Mediação de Conflitos (CMC). A presente pesquisa foi realizada em uma DRE da Zona Leste da cidade de São Paulo, durante o curso “Mediação de Conflitos na Perspectiva da Cultura de Paz e Não Violência”, no qual os autores desse artigo participaram como formadores.

O curso foi organizado em cinco encontros em que foram abordados: conceito e histórico da mediação de conflitos, função social da escola, violência, indisciplina, incivilidade, autoridade e autoritarismo, rede de proteção social, além da legislação para implantação das CMC nas unidades. Participaram da formação representantes de mais de 100 unidades, dos segmentos: Centro de Educação Infantil (CEI), Escola Municipal de Educação Infantil (EMEI) e Escola Municipal de Ensino Fundamental (EMEF) da DRE em questão, entre eles, professores, coordenadores, diretores e assistentes técnicos educacionais. No entanto, serão apresentados neste trabalho apenas os dados coletados entre representantes de 22 EMEF’s, membros das CMC nas unidades, que participaram da pesquisa.

Para coleta de dados foi aplicado um questionário contendo 13 questões,

sendo 10 abertas e 03 fechadas, referentes as formas de manifestações de violência, indisciplina e incivilidade na escola, medidas adotadas como estratégias de prevenção ou combate a tais fenômenos, a relação da escola com a família no enfrentamento de tais questões e o posicionamento da comunidade escolar frente a proposta de implantação das CMC nas unidades.

Já no segundo encontro foram distribuídos questionários, para que os participantes tivessem tempo suficiente de responder juntamente com os demais membros das CMC nas unidades, sendo recolhidos no último encontro.

Os dados coletados revelaram que o tema da violência, da indisciplina e da incivilidade estão presentes no cotidiano escolar. No entanto, tais temas não têm sido suficientemente discutidos de forma sistematizada em todas as unidades. Das 22 EMEF's pesquisadas apenas 13 afirmaram discutir regularmente os temas; 4 declararam discuti-los, embora não o suficiente; 5 disseram que esses assuntos não são objeto de discussão sistematizada. Quanto ao envolvimento das famílias nas discussões sobre tais fenômenos, 2 unidades responderam que as famílias não participam desses debates; 7 que o tema é abordado com as famílias apenas nas reuniões de Conselho de Escola; 16 que esta prática ocorre apenas nas reuniões de pais; 8 destacaram que tratam do tema no momento em que as famílias são convocadas mediante situações pontuais envolvendo conflitos com alunos entre si ou entre professores e alunos.

Quanto às manifestações de violência, indisciplina e incivilidades, as informações coletadas indicam que são fenômenos presentes nas 22 EMEF's pesquisadas e que todas elas se utilizam de estratégias para prevenir esses comportamentos. Dentre as estratégias adotadas estão: o investimento na formação de professores (3 escolas); o desenvolvimento de projetos diversos como jogos escolares, cinema na escola, olimpíadas do conhecimentos, entre outros (11 escolas); a apresentação de filmes sobre a temática (4 escolas); o diálogo (9 escolas); a implantação de Grêmios Estudantis (4 escolas); a aplicação do Regimento Escolar (5 escolas); intervenções no intervalo como divisão de turmas e distribuição de jogos (3 escolas); a implementação e liderança de alunos monitores (2 escolas), entre outros.

Além do trabalho de prevenção, os participantes também apresentaram diversas ações adotadas no tratamento frente as situações de violência, indisciplina e incivilidades ocorridas no cotidiano escolar. Dentre as ações mais recorrentes estão: o diálogo (19 escolas); a convocação dos responsáveis (14 escolas); o registro de ocorrência (8 escolas); encaminhamento ao Conselho Tutelar e/ou outros órgãos externos à escola (5 escolas); solicitação de apoio da direção (3 escolas), reuniões com pais (2 escolas), entre outras.

No que se refere a implantação das CMC nas unidades, a grande maioria

dos participantes afirmou que a comunidade escolar acolheu a proposta de forma positiva. Dentre as 22 EMEF's foram identificados os seguintes resultados: 17 escolas aceitaram bem a proposta; 3 escolas afirmaram que sentem receio e que precisam de mais informações e 2 escolas demonstraram resistência, uma vez que os membros da CMC não serão remunerados ou não obterão qualquer vantagem por participar.

Os resultados da pesquisa indicam, portanto, que os problemas de violência, indisciplina e incivilidade estão presentes no interior de todas as escolas participantes do estudo e que existe uma preocupação por parte dos profissionais da educação em prevenir estes fenômenos utilizando diferentes estratégias, principalmente, projetos e o diálogo. No entanto, um elemento importante de ser destacado se refere ao fato de que grande parte das escolas não discute sistematicamente o tema.

Além disso, os dados revelam que a participação da família no enfrentamento destes fenômenos ocorre de forma pontual, geralmente, após a manifestação de tais comportamentos. Nesse sentido, talvez as CMC foram bem aceitas pela comunidade escolar, na grande maioria das unidades pesquisadas, pelo fato de prever a participação dos pais na sua constituição garantindo um envolvimento direto das famílias nas discussões sobre a prevenção desses fenômenos.

Vale destacar que os dados coletados apresentam limites visto que não possibilitam a compreensão das manifestações da violência, da indisciplina e da incivilidade quanto as suas especificidades, no sentido de identificar quais fenômenos são mais recorrentes nas unidades, a sua periodicidade, quais as diferentes formas de enfrentamento, entre outros aspectos importantes. Embora o questionário já conceituasse determinados termos, deixando claras as diferenças entre eles, optou-se por apresentar perguntas genéricas como: *Quais trabalhos a escola já realiza para prevenir situações de violência, indisciplina e incivilidade?*

Essa escolha metodológica atendia a preocupação de utilizar o instrumento como um primeiro diagnóstico da presença desses fenômenos na escola, sem a intenção de se aprofundar nas especificidades de cada comportamento, visto que estávamos no início do curso para implementação das CMC e ainda não havia ocorrido discussões acerca dos conceitos. Estes foram apresentados no questionário com a intenção de provocar estranhamento e promover o debate, desnaturalizando a generalização do termo violência. O instrumento foi utilizado pelas unidades como uma ferramenta inicial para problematização das relações e possíveis caminhos para atuação das CMC.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A escola é um espaço de socialização e aprendizagem onde se estabelece múltiplas relações, interações sociais, além de uma comunicação pessoal e dinâmica entre os diversos atores sociais. Nesse sentido, por ser uma instituição social, a dinâmica das relações e interações sociais é permeada diretamente pelos contextos socioeconômicos, históricos e culturais onde se desenvolvem, possibilitando a interação dos sujeitos com o território no qual está inserido permitindo conhecer e vivenciar a diferença.

Um dos grandes desafios presentes no cotidiano escolar é a manifestação dos emergentes conflitos constituídos a partir da intersecção entre classe, raça, gênero, religião, cultura e geracional. Assim, podemos considerar que questões conflituosas que fazem parte do cotidiano escolar se manifestam em forma de fenômenos como indisciplinas, incivildades e violências e estão inseridos em um contexto social mais amplo e complexo.

Nesse novo contexto escolar, que deixa de ser o lugar protegido dos conflitos destinado a socialização de grupos homogêneos, o enfrentamento à diversas manifestações da barbárie se torna urgente. Talvez, a forte aceitação da comunidade escolar frente a proposta de implantação das CMC expresse o anseio por alternativas que ofereçam respostas a tal situação, visto que as escolas têm apresentado dificuldade no trato da questão recorrendo, inclusive, à órgãos externos como o Conselho Tutelar, a Vara da Infância e Juventude, entre outros.

Dessa forma, se reconhece a relevância da proposta de constituição das CMC nas unidades da Rede Municipal de Ensino de São Paulo como a possibilidade da construção de um espaço problematizador das relações no interior das instituições e fomentador de discussões acerca dos Direitos Humanos. Embora exista atualmente a tendência a judicialização das relações escolares, em que a CMC poderia ser a expressão da institucionalização e burocratização das relações, é importante destacar o seu caráter preventivo no combate à barbárie. Esse aspecto preventivo destacado na Lei nº16.134/2015 revela uma política pública que pretende considerar o fenômeno na sua complexidade, considerando a interação entre indivíduo e coletivo, entre o micro e o macro, evitando a posição de culpabilizar o sujeito desconsiderando o contexto social em que este está inserido.

REFERÊNCIA

ADORNO, Theodor W. **Educação e Emancipação**. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

BLOMART, Janine. Evitando a violência no ambiente das escolas primárias. In: DEBARBIEUX, Eric; BLAYA, Catherine. (Orgs.). **Violência nas Escolas**: dez abordagens europeias. Brasília: UNESCO, 2002.

DEBARBIEUX, Eric. Cientistas, políticos e violência: rumo a uma comunidade científica europeia para lidar com a violência nas escolas? In: _____; BLAYA, Catherine. (Orgs.). **Violência nas Escolas**: dez abordagens europeias. Brasília: UNESCO, 2002.

_____; BLAYA, Catherine. (Orgs.). **Violência nas Escolas**: dez abordagens europeias. Brasília: UNESCO, 2002.

CAUDAU, Vera Maria F. Diferenças Culturais, Interculturalidade e Educação em Direitos Humanos. **Revista Educação e Sociedade**, Campinas, v. 33, n. 118, jan/mar 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v33n118/v33n118a15.pdf>. Acesso: maio de 2017.

CHARLOT, Bernard. A violência na escola: como os sociólogos franceses abordam a questão. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 4, n. 8, jul/dez 2002, p. 432-443. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n8/n8a16>. Acesso: maio de 2017.

CHRISPINO, Álvaro. **Gestão do Conflito Escolar**: da classificação dos conflitos aos modelos de mediação. Ensaio: aval. pol. públ. Educ., Rio de Janeiro, v.15, n.54, p. 11-28, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v15n54/a02v1554.pdf>. Acesso: maio de 2017.

CHRISPINO, Álvaro, CHRISPINO Raquel S. P. A judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores. Ensaio: **Avaliação e Políticas Públicas em Educação**, Rio de Janeiro, vol.16, no.58, p. 9-30, jan./mar. 2008.

IANNI, Otávio. A violência na sociedade contemporânea. **Revista Estudos de Sociologia**, Araraquara, v. 7, n. 12, 2002.

Disponível em: <http://seer.fclar.unesp.br/estudos/article/view/644>. Acesso: maio de 2017.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007.

SÃO PAULO (município). **Lei nº16.134**, de 12 de março de 2015. Dispõe sobre a criação da Comissão de Mediação de Conflito na Rede Municipal de Ensino da Cidade de São Paulo.

SÃO PAULO (município). **Decreto nº 56.560**, de 29 de outubro de 2015. Regulamenta a Lei nº 16.134, de 12 de março de 2015, que dispõe sobre a criação da Comissão de Mediação de Conflitos – CMC nas escolas da rede municipal de ensino.

SÃO PAULO (município). **Portaria nº 2.974**, de abril de 2016. Dispõe sobre a implantação e implementação da Comissão de Mediação de Conflitos – CMC nas Unidades Educacionais da Rede Municipal de Ensino, prevista na Lei nº 16.134/2015, regulamentada pelo Decreto nº 56.560/2015, e dá outras providências.

SCHILLING, Flávia. Violência nas escolas: explicitações, conexões. In: **Enfrentamento à violência nas escolas**. Cadernos Temáticos dos Desafios Educacionais Contemporâneos, v.4. Paraná: Secretária de Estado da Educação, 2008. Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/cadernos_tematicos/tematico_violencia_vol2.pdf. Acesso: maio de 2017.

DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA E OS NOVOS PARADIGMAS ESTABELECIDOS PELA LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017

Data de aceite: 23/03/2020

Data de submissão: 03/01/2020

Adriana Mendonça da Silva

São Luís – Maranhão

<http://lattes.cnpq.br/1495562463890501>

<http://orcid.org/0000-0002-2456-0534>

Hilza Maria Feitosa Paixão

São Luís - Maranhão

<http://lattes.cnpq.br/6917908741852380>

RESUMO: Investigar os novos paradigmas estabelecidos pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 e a existência de violação à garantia constitucional de acesso à justiça, a partir da análise das alterações processuais quanto à mudança dos requisitos para concessão do benefício da justiça gratuita; pagamento de honorários periciais; pagamento de custas na hipótese de arquivamento em razão da ausência do trabalhador à audiência; implementação do modelo de quitação anual do contrato individual de trabalho; assinatura do termo de quitação anual de obrigações trabalhistas e inserção de cláusula arbitral em contrato individual para determinados empregados, na medida em que as modificações legislativas

não somente impactam na garantia de direitos, na precarização das relações de trabalho e na violação de direitos materiais trabalhistas, mas representam retrocesso social no que diz respeito à garantia dos direitos sociais e às prerrogativas processuais que facilitam o acesso aos direitos conquistados pelos trabalhadores.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Reforma Trabalhista. Processo do Trabalho.

THE CONSTITUTIONAL GUARANTEE OF ACCESS TO JUSTICE AND THE NEW PARADIGMS ESTABLISHED BY LAW 13467 OF JULY 13, 2017

ABSTRACT: Investigate the new paradigms established by Law 13467 of July 13, 2017 and the existence of a violation of the constitutional guarantee of access to justice, based on the analysis of the procedural changes regarding the change of the requirements for granting the benefit of free justice; payment of expert fees; payment of costs in the event of dismissal due to the absence of the employee at the hearing; implementation of the annual discharge model of the individual labor contract; signing of the annual disbursement of labor obligations and insertion of an arbitration clause in an individual contract for certain employees, insofar as

legislative changes not only impact on the guarantee of rights, the precariousness of labor relations and the violation of material labor rights, but represent a social setback in terms of guaranteeing social rights and procedural prerogatives that facilitate access to the rights earned by workers.

KEYWORDS: Access to Justice. Labor Reform. Labor Process.

1 | INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista) trouxe importantes modificações legislativas na garantia de direitos materiais trabalhistas e na garantia constitucional de acesso à justiça e representa retrocesso social quanto à salvaguarda dos direitos sociais e à supressão de prerrogativas processuais que facilitam o acesso aos direitos sociais conquistados pelos trabalhadores.

A análise dos impactos da reforma aponta não somente para o aumento da precarização das relações de trabalho, mas, em relação aos aspectos processuais relevantes, representa mitigação ao direito constitucional de acesso à justiça, estabelecido no inc. XXXV do art. 5º da Constituição, em prejuízo aos princípios peculiares e à autonomia do direito processual do trabalho, em face do direito processual comum, orientados para a garantia dos direitos sociais.

Busca-se investigar as modificações de caráter processuais estabelecidas pela Lei nº 13.467/17 na legislação trabalhista e que impactam no acesso do trabalhador à justiça, com ofensa ao direito fundamental à tutela jurisdicional, em negação às peculiaridades do processo do trabalho e ao princípio da proteção que informa o direito do trabalho, entre essas alterações destacam-se: requisitos para concessão do benefício da justiça gratuita, pagamento de honorários periciais, pagamento de custas na hipótese de arquivamento em razão da ausência do trabalhador à audiência, quitação anual do contrato individual do trabalho e a possibilidade de inserção de cláusula contratual de arbitragem para determinados empregados.

2 | O ACESSO À JUSTIÇA E A INFASTABILIDADE JURISDICIONAL

A Lei nº 13.467/17 impôs alterações processuais que limitam o acesso à justiça.

Declarações Internacionais de Direitos Humanos reconhecem o direito de todo ser humano a efetiva prestação jurisdicional e a Constituição Federal afirma o direito de acesso à justiça ao declarar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O acesso à justiça é um direito fundamental da cidadania e as modificações processuais trabalhistas “devem ser compreendidas e aplicadas à luz da atual noção do direito de acesso à justiça como um direito fundamental, que é condição de

possibilidade do próprio exercício dos direitos sociais” (SOUTO MAIOR e SEVERO, 2017).

O Código de Processo Civil, no art. 3º, repete a redação do inc. XXXV, do art. 5º da Constituição, reforçando o direito de acesso à justiça, que não deve se limitar ao simples acesso ao judiciário, mas também, à garantia da duração razoável para satisfação da pretensão processual e obtenção do resultado útil do processo.

O Brasil é signatário da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, que erige o acesso à justiça como uma prerrogativa de direitos humanos e em seu art. 8º dispõe que toda pessoa tem o direito de ser ouvida por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, que deve ser estabelecido anteriormente por lei, com as garantias e dentro de prazo razoável, na apuração de qualquer acusação penal, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Trata-se de uma das garantias mais importantes do cidadão, uma vez que, modernamente, a acessibilidade ao Judiciário é um direito fundamental de qualquer pessoa para efetivação de seus direitos. De outro lado, não basta apenas a ampla acessibilidade ao Judiciário, mas também que o procedimento seja justo e que produza resultados (efetividade) (SCHIAVI, 2017, p.16).

Vê-se que a reforma trabalhista deixou de implementar melhorias ao processo do trabalho que garantissem melhores condições de acesso à justiça pelo trabalhador e a efetividade da prestação jurisdicional. Isto porque deixou de considerar balizas constitucionais de acesso à justiça do trabalho e os princípios e peculiaridades próprias do processo trabalho que asseguram, mesmo ante a hipossuficiência do trabalhador, a possibilidade do exercício dos direitos sociais, compensando as desigualdades, considerando que o trabalhador é o litigante mais fraco no processo do trabalho.

3 | A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA

Didier Junior e Oliveira (2008) definem justiça gratuita ou gratuidade judiciária como a dispensa à parte do adiantamento de todas as despesas, judiciais ou não, que estão diretamente vinculadas ao processo, assim como a dispensa do pagamento dos honorários advocatícios. O benefício da justiça gratuita possibilita à parte, com insuficiência de recursos, postular judicialmente sem ter de arcar com o pagamento das despesas do processo, assim, o custo do processo não é obstáculo para o acesso à ordem jurídica (MIESSA, 2018).

Os direitos ao benefício da justiça gratuita e assistência judiciária gratuita estão previstos no inc. LXXIV do art. 5º da Constituição que prescreve que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

O art. 14 da Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970, estabelece que, na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere à Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1959 será prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

O §3º do art. 790 da CLT, com redação dada pela Lei nº 10.537, de 27 de agosto de 2002, facultava aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância, conceder, a requerimento da parte ou de ofício, o benefício da justiça gratuita àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

A Lei nº 13.467/2017, por seu turno, altera o §3º do art. 790 da CLT e estabelece a faculdade aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Conforme §4º do art. 790 da CLT, o benefício será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

As alterações do processo trabalhista no que concerne à concessão do benefício da justiça gratuita trouxeram interpretações divergentes e suscitaram críticas quanto à criação de entraves relativos ao acesso do trabalhador à justiça.

Os parâmetros fixados pelo legislador tornam mais rigorosos os critérios para concessão da gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho e evidenciam o paradoxo de que as ações judiciais propostas na Justiça do Trabalho, tem como fundamento, em regra, o descumprimento da legislação trabalhista pelo empregador. Neste ponto, sob a perspectiva material, fere-se a presunção legal da hipossuficiência obreira, que tem como esteio o princípio da isonomia.

Destaca-se, ainda que, o pagamento de despesas processuais impostas ao empregado representa a transferência de um ônus que deveria ser suportado pela reclamada ou pelo próprio Estado, na medida em que é dever do poder público a garantia da efetividade do direito constitucional de acesso à justiça.

No ordenamento jurídico brasileiro, os microssistemas processuais evidenciam tratamento mais favorável comparado aos novos parâmetros fixados para o trabalhador na reforma. O Código de Processo Civil dispõe no §2º e §3º do art. 99, que o pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro ou em sede recurso, independente de comprovação. O art. 54 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, com base nos princípios da informalidade e da oralidade autorizam a gratuidade ampla em 1ª instância. Microempreendedores individuais, microempresas e empresas

de pequeno porte (art. 8º, §1º, inc. II, Lei nº 9099/95) também estão isentos do pagamento de despesas processuais.

As normas processuais trabalhistas devem ser examinadas a partir do princípio da proteção ao trabalhador, não se podendo olvidar que as reclamações trabalhistas são propostas, como regra, por trabalhadores hipossuficientes que devem ter garantidos recursos para o amplo acesso à jurisdição. Suscita-se que o legislador reformista enrijeceu os requisitos para obtenção do benefício da justiça gratuita uma vez que, anteriormente, bastava a declaração de pobreza prestada pelo trabalhador para que o benefício fosse concedido. Após a vigência da Lei nº 13.467/2017, a parte que faz jus ao benefício terá de demonstrar cabalmente que o pagamento de suas despesas a impedem de arcar com os dispêndios processuais, o que certamente resultará no indeferimento do benefício.

4 I DO TERMO DE QUITAÇÃO ANUAL DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

O art. 507-B da CLT, incorporado pela reforma, prevê a faculdade de empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria. A introdução da figura jurídica da quitação anual representa alteração que envolve direito material e que impacta no acesso à justiça do trabalhador.

Conforme o parágrafo único do artigo 507-B, o termo de quitação anual, estabelece a discriminação das obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e a declaração do empregado, uma vez firmado o termo, dá eficácia liberatória às parcelas nele especificadas. É documento, apresentado ao sindicato da categoria do empregado, em que consta a discriminação de todos os pagamentos recebidos pelo trabalhador no ano anterior, portanto, comprova o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho.

O termo dificulta que o trabalhador posteriormente questione o pactuado porque tem eficácia liberatória das parcelas especificadas e objetiva para o empregador, reduzir o número de reclamações trabalhistas, porque se o empregado assinou, anuiu quanto aos pagamentos discriminados, não podendo reclamar na Justiça do Trabalho quanto às parcelas discriminadas, deste modo, acaba-se por violar direitos sociais de proteção constitucional, impedindo o acesso à justiça.

O contexto atual é de crise financeira e econômica e elevado índice de desemprego, não se podendo desconsiderar a subordinação do empregado ao empregador e a forte pressão econômica existente entre as partes, de modo que o trabalhador (mesmo com vício de vontade) concordará em dar a quitação anual das verbas não recebidas para garantir o seu emprego.

A criação do termo de quitação anual de obrigações trabalhistas representa uma estratégia do legislador de obstar a atuação da Justiça laboral quanto à reclamação de créditos trabalhistas que, segundo o disposto no inc. XXIX do art. 7º da Constituição, pode ser realizada pelo trabalhador até 2 (dois) anos contados do término do contrato, já que a assinatura do termo representa uma quitação antecipada de verbas não adimplidas e pode ser utilizada como prova contra o empregado em eventual ação judicial.

5 | PAGAMENTO DE CUSTAS NA HIPÓTESE DE ARQUIVAMENTO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DO TRABALHADOR À AUDIÊNCIA

O pagamento de custas, na hipótese de arquivamento, em razão da ausência do trabalhador à audiência, representa mais uma barreira ao acesso do trabalhador à justiça. Em relação à Lei nº 13.467/2017, o §2º e o §3º do art. 790 da CLT introduzem importante alteração na legislação processual e que tem sido entendida como obstáculo ao direito fundamental do acesso à justiça.

A ausência do reclamante importa na condenação ao pagamento das custas, calculadas na forma do artigo 789 da CLT, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável. O pagamento das custas é condição para a propositura de nova demanda.

Depreende-se que a inclusão do dispositivo dificulta o acesso do trabalhador à jurisdição, na medida em que terá que comprovar o justo motivo de sua ausência, sob pena de arcar com a despesa, independente da sua possibilidade de pagá-las e, também, sob pena de não poder ajuizar nova ação.

Desta forma, como demonstrado, o §2º do art. 844 da CLT, acrescido com a reforma, consubstancia violação ao princípio de acesso à justiça, ao determinar que a ausência do reclamante na audiência inaugural, além do arquivamento da ação, ensejará no pagamento de custas, ainda que ele seja beneficiário da justiça gratuita, evidenciando-se a nítida afronta ao inc. LXXIV do art. 5º da Constituição, que garante a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

6 | DA POSSIBILIDADE DE INSERÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL DE ARBITRAGEM PARA DETERMINADOS EMPREGADOS

O art. 1º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, dispõe que a arbitragem

é ferramenta para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A arbitragem constitui método alternativo de solução de conflitos. É um procedimento facultado às partes contratantes, que escolhem uma terceira pessoa para decidir, segundo um mínimo de regras legais, proferindo uma decisão com força idêntica à de uma sentença judicial (ALVIN, 2004).

O art. 507-A da CLT autoriza que aos contratos individuais de trabalho, possa ser pactuada a Cláusula Compromissória de Arbitragem, desde que a remuneração do empregado seja, pelo menos, duas vezes superior ao limite máximo do Regime Geral da Previdência Social, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307/96. Anteriormente à reforma, no processo do trabalho, a arbitragem era prevista somente para dirimir conflitos coletivos, em observância ao disposto no §1º do art. 114 da Constituição (CORREIA, 2018).

A arbitragem não era admitida para solução dos conflitos individuais trabalhistas considerando-se a irrenunciabilidade de direitos trabalhistas, a subordinação e a hipossuficiência do trabalhador face ao empregador, presumindo-se duvidosa a declaração de vontade de aderir à Cláusula Compromissória.

A alteração legislativa parte do pressuposto que o empregado que recebe salário duas vezes superior ao Regime Geral da Previdência Social tem capacidade de manifestar livremente sua vontade, dado o elevado padrão salarial, podendo consentir quanto a arbitragem privada como método de solução de conflito. Entretanto, o alto patamar salarial é incapaz de descaracterizar a subordinação jurídica e econômica própria da relação empregatícia e, estando o empregado dependente da contraprestação salarial, fácil a imposição da cláusula arbitral pelo empregador, sem qualquer garantia que essa manifestação de vontade esteja a salvo de vício de consentimento.

Assim, as dificuldades financeiras e econômicas e o alto índice de desemprego impedirão o trabalhador de opor-se à cláusula compromissória de arbitragem, sujeitando-se, em caso de descumprimento de contrato por parte do empregador, à resolução do conflito através da arbitragem, com observância ao disposto na Lei nº 9.307/96.

A adoção da arbitragem privada para solução de conflitos do contrato individual de trabalho, para o trabalhador que tiver a iniciativa ou que expressar concordância expressa quanto ao método, e que receba salário superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios previdenciários, representa flagrante violação aos princípios constitucionais de acesso à justiça e do valor social do trabalho, pois desconsidera a hipossuficiência obreira.

7 I DO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS

A Lei nº 13.467/17 altera a redação do art. 790-B da CLT e estabelece novas regras em relação aos honorários periciais. Destaca-se que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. O juízo, ao fixar o valor dos honorários periciais deve respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, podendo ser deferido o parcelamento dos honorários periciais.

Ao juízo é vedada a exigência de adiantamento de valores para a realização de perícias e, somente quando o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa com honorários periciais, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo. Vê-se que o art. 790-B da CLT mantém a concepção de que o pagamento dos honorários periciais é responsabilidade da parte sucumbente, entretanto, passa a prever que mesmo o beneficiário da gratuidade da justiça terá responsabilidade processual pelo pagamento dos valores referentes aos honorários ante a sucumbência.

Segundo o §4º do art. 790-B, o beneficiário da justiça gratuita, sucumbente quanto ao pagamento de honorários periciais, pode ter esse valor abatido de créditos eventualmente obtidos, ainda que em outros processos.

A alteração processual relativa ao pagamento dos honorários periciais engendrou polêmicos debates na jurisprudência trabalhista, uma vez que, de acordo com a disciplina normativa, restringe-se o âmbito de proteção do direito fundamental de acesso à justiça, oferecendo um tratamento distinto em relação ao processo civil, com posicionamento menos favorável, considerando o espectro de proteção que deve ser dada ao trabalhador que demanda em juízo.

No processo civil, a abrangência da gratuidade da justiça quanto ao pagamento dos honorários periciais, é estabelecida pelo inc. VI, do §1º, do art. 98. De outro modo, em dissonância ao litigante do processo civil, o legislador reformista estabelece uma norma com regência menos favorável à principiologia de proteção ao trabalhador, pois restringe o requerimento judicial de produção de prova técnica, sob pena do pagamento de honorários.

Por outro lado, deve ser considerado que o reclamante, em regra, é o trabalhador hipossuficiente, que não pode arcar com o pagamentos de custas e despesas processuais, deste modo, o pagamento dos honorários periciais constitui óbice ao livre acesso à jurisdição, na medida que cria entraves para a produção de provas, dificultando a prestação jurisdicional.

Para Correa e Frota (2014), a exigência do pagamento dos honorários ao trabalhador representa a negação ao livre exercício do direito de ação. Força o

trabalhador a desistir do direito inalienável à prestação jurisdicional, ou mesmo, implica na renúncia ao direito de receber a completa prestação jurisdicional.

A reforma desconsidera a garantia estabelecida no inc. LXXIV do art. 5º da Constituição e obstaculiza a produção de provas periciais nas ações que dependem de prova técnica, a exemplo das ações de indenização por adoecimento, ações de indenização de acidente de trabalho e requerimento de pagamento de adicionais de insalubridade e periculosidade. Desse modo, ainda que o trabalhador tenha direito ao benefício da justiça gratuita, correrá o risco de arcar com gastos periciais o que servirá como barreira para o pedido de indenizações por doença, acidentes de trabalho e adicionais de insalubridade e periculosidade.

A Reforma Trabalhista, assim, altera a concepção legal anterior que os honorários periciais eram devidos pela parte sucumbente, salvo se beneficiária da justiça gratuita e passa a autorizar a utilização de créditos trabalhistas auferidos em qualquer processo pelo demandante beneficiário da justiça, ou seja, o beneficiário da justiça gratuita sucumbente arcará com o pagamento das custas da prova pericial, caso no mesmo processo ou em qualquer outro, tenha obtido créditos capazes de suportar essa despesa. A União somente arcará caso não haja qualquer ganho patrimonial.

A nova redação trazida com a reforma estabelece disposição que dificulta o acesso do trabalhador à justiça, na medida em que impõe o pagamento de honorários periciais à parte vencida no objeto da perícia, ainda que seja beneficiária da justiça gratuita.

8 | CONCLUSÃO

A análise das modificações legislativas trabalhistas advindas com a Lei nº 13.467/17 impactam no direito material trabalhista e no direito constitucional de acesso à justiça dos trabalhadores, conforme estabelece o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, retirando prerrogativas processuais dos trabalhadores.

O enrijecimento dos critérios para concessão da gratuidade judiciária fere o princípio legal da hipossuficiência, com transferência do ônus da prova ao trabalhador, que deverá comprovar insuficiência de recursos na Justiça do Trabalho para pagamento de custas do processo, sob pena de indeferimento do benefício.

O arquivamento da ação, por ausência do reclamante à audiência, dará ensejo à sua condenação ao pagamento de custas, ainda que seja beneficiário da justiça gratuita, constituindo o pagamento condição para a propositura de nova demanda.

A criação do termo de quitação anual de obrigações trabalhistas representa outra estratégia do legislador de impedir a atuação da Justiça laboral, já que a assinatura do termo representa uma quitação antecipada de verbas não adimplidas

do contrato e pode ser utilizada como prova contra o empregado em eventual ação judicial.

A arbitragem privada para solução de conflitos do contrato individual de trabalho viola o princípio do acesso à justiça e do valor social do trabalho, pois desconsidera a hipossuficiência obreira.

O pagamento de honorários periciais, quando o trabalhador for sucumbente no objeto da perícia, mesmo que beneficiário da gratuidade da justiça, podendo ter esse valor ser abatido de créditos eventualmente obtidos, ainda que em outros processos.

Assim, as modificações legislativas da reforma trabalhista criam barreiras ao acesso à justiça, tornam ainda mais precária as relações de trabalho e violam direitos materiais trabalhistas, impondo-se a discussão sobre os novos paradigmas processuais, a fim de ser preservada a autonomia do direito processual do trabalho e garantia dos direitos sociais, notadamente o direito material trabalhista.

REFERÊNCIAS

ALVIN, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996)**. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

CORREIA, Henrique. **Comentários à MP 808/2017**. Salvador, Editora Jus Podivm, 2017.

CORRÊA, Antonio de Pádua Muniz; FROTA, Paulo Sérgio Mont'Alverne. **Honorários Periciais: uma barreira significativa ao livre acesso à Justiça do Trabalho**. 2014. Disponível em: <https://www.trt16.gov.br/artigos/HONORARIOS_PERICIAIS.pdf> Acesso em: 03 mai.2018.

DIDIER, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Benefício da Justiça Gratuita. Aspectos Processuais da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal nº 1060/50)**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

MIESSA, Élisson, CORREIA, Henrique, MIZIARA, Raphael, LENZA, Breno. **CLT Comparada com a Reforma Trabalhista**. Jus Podivm, Salvador, 2017.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17**.1.ed. São Paulo: LTr Editora, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. **O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 6, n. 61, p. 57-92, jul./ago. 2017.

DESCONSIDERAR A PERSONALIDADE JURÍDICA É MEIO PARA REDIRECIONAR EXECUÇÕES FISCAIS, NA FORMA DO ARTIGO 135, III DO CTN?

Data de aceite: 23/03/2020

Data de Submissão: 10/01/2020

Marcelo Paar Santiago

Universidade Estácio – PPDG-UNESA

Rio de Janeiro – RJ

RESUMO: O novel Código de Processo Civil trouxe um modelo de processo civil alinhado com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e com o Estado Democrático de Direito, que evidencia a necessidade de ordenação, disciplina e interpretação, não só do Código, mas do processo civil. Entre as mudanças implementadas está o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, que gerou discussões a respeito de sua aplicabilidade quando da responsabilização das pessoas elencadas no artigo 135, III do Código Tributário Nacional. Com opiniões contrárias e favoráveis à esta aplicabilidade, o presente artigo buscará analisar tais argumentos à luz de um Direito Processual Constitucional, investigando a origem e a evolução histórica da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, passando pelos seus critérios de consolidação e chegando até a

desconconsideração da personalidade jurídica na doutrina e no ordenamento jurídico brasileiros. Serão analisados os conceitos de personalidade jurídica e responsável, e suas modalidades na seara tributária, bem como o de desconconsideração inversa da personalidade jurídica. Será também investigada a possibilidade de aplicação da técnica da desconconsideração da personalidade jurídica no âmbito do processo administrativo tributário, versando sobre as alterações introduzidas pela Medida Provisória 881/2019 e sobre o prazo prescricional para redirecionar a execução fiscal. Para tanto, utilizou-se aqui de metodologia de pesquisa bibliográfica qualitativa, em artigos, obras literárias e documentos relacionados ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Desconconsideração da personalidade jurídica; Redirecionamento de execuções fiscais; Responsabilização pessoal do gestor; Precedentes judiciais.

IS DISREGARDING LEGAL PERSONALITY
THE MEANS TO REDIRECT TAX
ENFORCEMENT IN THE FORM OF CTN
ARTICLE 135, III?

ABSTRACT: The novel Code of Civil Procedure brought a model of civil procedure aligned with

the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil and the Democratic Rule of Law, which highlights the need for ordering, discipline and interpretation, not only of the Code, but also of the process civil. Among the changes implemented is the incident of disregard of legal personality, which generated discussions about its applicability when the persons listed in article 135, III of the National Tax Code are held responsible. With contrary opinions and favorable to this applicability, the present article will try to analyze such arguments in the light of a Constitutional Procedural Law, investigating the origin and the historical evolution of the theory of the disregard, of the legal personality, going through its criteria of consolidation and reaching the disregard of legal personality in Brazilian doctrine and legal order. The concepts of legal and responsible personality, and their modalities in the tax area, as well as the inverse disregard of the legal personality will be analyzed. It will also be investigated the possibility of applying the technique of disregard of legal personality in the context of the tax administrative proceeding, dealing with the changes introduced by Provisional Measure 881/2019 and the statute of limitations to redirect tax enforcement. Therefore, we used qualitative bibliographic research methodology, in articles, literary works and related documents.

KEYWORDS: Disregard of legal personality; Redirection of tax foreclosures; Personal accountability of the manager; Judicial precedent.

1 | INTRODUÇÃO

O novel Código de Processo Civil¹, seguindo um caminho que se consubstancia na busca por um Estado Social², trouxe um modelo de processo civil alinhado com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e com o Estado Democrático de Direito³. Essa busca fica evidente logo no artigo 1º do novel Código de Processo Civil, que dispõe sobre a necessidade de ordenação, disciplina e interpretação, não só do Código, mas do processo civil, “(...) conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil,

1. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

2. TARTUCE. Flávio. **Direito Civil**. Lei de introdução e parte geral – 14. ed rev. atual. apl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. Tartuce assevera: (...) “Nesse sentido, é interessante tecer alguns comentários sob a relação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, o que faz com que surja, para muitos, uma nova disciplina ou caminho metodológico, denominado Direito Civil Constitucional, da qual este autor é adepto e entusiasta. (...) Para o mesmo Gustavo Tepedino, um dos principais idealizadores desse novo caminho metodológico, é “imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição” (Premissas metodológicas..., Temas..., 2004, p. 1). Assim, “reconhecendo a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil”

3. JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. Vol. 1, p. 46-47. Didier explica: “Embora se trate de uma obviedade, é pedagógico e oportuno o alerta de que as normas de direito processual civil não podem ser compreendidas sem o confronto com o texto constitucional, sobretudo no caso brasileiro, que possui um vasto sistema de normas constitucionais processuais, todas orbitando em torno do princípio do devido processo legal, também de natureza constitucional. Ele [artigo 1º do CPC] é claramente uma tomada de posição do legislador no sentido de reconhecimento da força normativa da Constituição.”

observando-se as disposições deste Código”.

A partir da assertiva de que o processo civil deve moldar-se ao texto constitucional, com o intuito de garantir maior efetividade aos princípios constitucionais e à prestação jurisdicional, o Novo Código de Processo Civil implementou várias mudanças, dentre elas, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

Entretanto, como é comum ao que é novo, o Código de Processo Civil de 2015 nasceu cercado de controvérsias no que tange à sua aplicabilidade. Surgiram dúvidas sobre a aplicabilidade de alguns dispositivos às hipóteses específicas de algumas áreas do processo, haja vista que boa parte da legislação estruturante do processo pátrio nasceu anteriormente à atual Constituição, inclusive na seara tributária.

Na seara tributária, até o advento do Código de Processo Civil de 2015, o Código Tributário Nacional e a Lei de Execução Fiscal eram as normas norteadoras do redirecionamento do processo nos casos de responsabilidade tributária pela prática de ato ilícito.

Nesta esteira, quando o Novo Código de Processo Civil, em seus artigos 133 a 137, criou o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, a doutrina processualista de escol e, em especial, as procuradorias fiscais, passaram a discutir sobre sua aplicabilidade quando da responsabilização das pessoas elencadas no artigo 135, III do Código Tributário Nacional, muito embora – diga-se de plano – o artigo 134 do novel *codex* processual tenha sido claro e expresso ao asseverar que o incidente de desconconsideração também é cabível na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Neste diapasão, há quem defenda que a responsabilidade tributária dos administradores pela prática de ato ilícito (art. 135, III do CTN) é conceitual e sistemicamente diferente da desconconsideração da personalidade jurídica, logo, nestes casos, aplicar-se-ia a Lei nº 6.830/80 em detrimento do incidente de desconconsideração inserto no Novo Código de Processo Civil.

Os que defendem tal inaplicabilidade, lastreiam sua assertiva na relativização do princípio da autonomia patrimonial de pessoa jurídica, por meio da desconconsideração da personalidade jurídica. Defendem que existem óbices conceitual e sistêmico intransponíveis para o uso do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica inserto no Novo Código de Processo Civil (art. 133 a 137) nos casos de responsabilidade tributária dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, quando da prática de ato ilícito (atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos).

Obstaculizam o uso do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica inserto no Novo Código de Processo Civil nos casos de responsabilidade tributária prevista no art. 135, III do Código Tributário Nacional sob dois argumentos, quais

sejam: o argumento de que é impossível equipar os institutos em comento e o de que o rito estabelecido pelo NCPC, a despeito de estar disciplinado em norma geral posterior – isto é o *codex processual* –, se mostra contrário à principiologia e às regras da LEF, as quais disciplinam a concretização da responsabilidade tributária em comento.

O presente artigo buscará analisar tais argumentos à luz de um Direito Processual Constitucional, assim, cotejando-os com os direitos fundamentais e os princípios insertos na Carta Política de 1988, para tanto começará investigando a origem e a evolução histórica da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, passando pelos seus critérios de consolidação e chegando até a desconsideração da personalidade jurídica na doutrina e no ordenamento jurídico brasileiros.

Serão analisados os conceitos de personalidade jurídica e responsável, e suas modalidades na seara tributária, bem como o de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Serão investigadas as possibilidades de aplicação da técnica da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do processo administrativo tributário, além de versar sobre as alterações introduzidas pela Medida Provisória 881/2019 e sobre o prazo prescricional para redirecionar a execução fiscal.

2 | A ORIGEM E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Muito já se debateu acerca da origem do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Uma parte da doutrina de escol entende que tal instituto, do ponto de vista histórico, teria nascido em Roma, uma vez que, em função da evolução social, se concebeu timidamente a subjetividade patrimonial das corporações.

Entretanto, para a maioria, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem origem nos países de tradição *common law*. Trata-se da *disregard of legal entity doctrine* ou *piercing the corporate veil*, que é comumente denominada como *disregard doctrine*. Tal denominação versa acerca da possibilidade do magistrado, quando presentes requisitos previamente estabelecidos, repelir a existência da pessoa jurídica e alcançar diretamente o patrimônio do(s) seu(s) representante(s)/ responsável(is).

2.1 A teoria da desconsideração da personalidade jurídica na jurisprudência norte-americana

Foi nos Estados Unidos da América que pela primeira vez surge o *disregard doctrine*, em 1809, no caso *Bank of United States versus Deveaux*⁴, quando a

4. KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e**

Suprema Corte norte-americana sedimentou o entendimento de que seria da Justiça Federal a competência para processar e julgar o feito em que uma sociedade empresária (ré) tivesse sócios com domicílios distintos, e não tal competência ser definida pelo domicílio da sociedade empresária.

Neste julgamento, o juiz Marshall assentou entendimento que se denominou de “teoria menor” da desconsideração da personalidade jurídica com responsabilização objetiva, que se consubstancia na possibilidade de responsabilização pessoal dos sócios somente em razão da sua condição societária.

Este julgamento da Suprema Corte norte-americana, apesar de historicamente marcante, não é considerado pela doutrina de escol como sendo o *leading case* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, mas somente um julgado sobre a competência da Justiça Federal daquele país.

2.2 A teoria da desconsideração da personalidade jurídica na jurisprudência do Reino Unido

O julgamento que é considerado pela doutrina de escol como sendo o *leading case* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) ocorreu em 1897, no Reino Unido (Inglaterra), quando do caso *Salomon versus Salomon & Co. Ltda.* A Justiça do Reino Unido, tanto na primeira quanto na segunda instância, fixou o entendimento de que a transformação da firma individual de Aaron Salomon em sociedade limitada, que além do próprio Salomon, também tinha como sócios os seus filhos e a sua esposa⁵, seria, em verdade, fraude contra credores.

Isto porque a empresa limitada acabou se tornando insolvente e seus credores e estes sustentaram em juízo que o patrimônio pessoal de Salomon deveria responder pela dívida da sociedade limitada, já que sua criação teria sido mero artifício para limitar sua responsabilidade. Desta feita, a Justiça de primeira e segunda instância daquele país entendeu que o sócio majoritário – no caso, Aaron Salomon – deveria ser pessoalmente responsabilizado.

Entretanto, a Câmara dos Lordes reformou o entendimento firmado pelas duas primeiras instâncias sob o argumento de que foram observados todos os requisitos legais⁶ para a constituição da sociedade empresária (limitada). A Câmara dos Lordes, assim, manteve a personalidade jurídica daquela sociedade empresária limitada (*Salomon & Co. Ltda.*), escudando o patrimônio pessoal de Aaron Salomon.

os grupos de empresas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 64.

5. Aaron Salomon constituiu uma empresa com outros seis membros de sua família, mas cedeu seu fundo de comércio à sociedade, recebendo vinte mil ações representativas de sua contribuição, enquanto para cada um dos outros membros coube apenas uma ação para integrar o valor da incorporação.

6. Naquele momento a lei simplesmente requeria a participação de sete pessoas criando uma pessoa diversa de si mesma.

2.3 A consolidação dos critérios da desconsideração da personalidade jurídica

Apesar da Câmara dos Lordes ter revertido o entendimento da primeira e segunda instâncias no caso *Salomon versus Salomon & Co. Ltda.*, é insofismável que o caso desenvolveu exponencialmente a *disregard doctrine*. A partir deste caso a jurisprudência passou, com regularidade, a aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, determinando que o patrimônio pessoal dos representantes de pessoas jurídicas passasse a responder pelas dívidas societárias em determinadas situações, observados critérios pré-estabelecidos para tanto.

Mas foi em 1953, que Rolf Serick⁷ consolidou os critérios para desconsiderar a personalidade jurídica, para tanto, sistematizou diversas decisões judiciais na Alemanha e nos Estados Unidos da América, que, em suma, fixou a assertiva de que a *disregard doctrine* se consubstancia na fraude por abuso da personalidade jurídica. A conclusão de seu trabalho o levou à concepção de quatro critérios.

O primeiro critério dispõe que o juiz, diante de “abuso da forma⁸” da pessoa jurídica, pode, para impedir a consecução do ilícito, desconsiderar o princípio que separa o sócio e a pessoa jurídica. Assim, o juiz, diante de qualquer ato que, por meio da utilização da pessoa jurídica, vise frustrar a aplicação da lei ou cumprimento contratual, ou, ainda, prejudicar terceiros de modo fraudulento, deve desconsiderar o princípio da separação entre o sócio e pessoa jurídica.

O segundo critério elenca com maior precisão as hipóteses em que a autonomia da pessoa jurídica deve ser preservada. Serick consignou que “não é possível desconsiderar a autonomia subjetiva da pessoa jurídica apenas porque o objetivo de uma norma ou a causa de um negócio não foram atendidos”. Noutras palavras, a simples frustração de crédito devido por pessoa jurídica não é hipótese autorizadora da desconsideração da personalidade jurídica.

Sobre o terceiro critério, Serick escreveu que “aplicam-se à pessoa jurídica as normas sobre capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre os objetivos destas e a função daquela. Em tal hipótese, para atendimento dos pressupostos da norma, levam-se em conta as pessoas físicas que agiram pela pessoa jurídica”. Desta feita, para atender aos pressupostos da norma jurídica, deve-se levar em conta as pessoas físicas que agiram pela pessoa jurídica.

O quarto critério assevera que “se as partes de um negócio jurídico não podem ser consideradas um único sujeito apenas em razão da forma da pessoa jurídica, cabe desconsiderá-la para aplicação de norma cujo pressuposto seja a

7. Consolidou os critérios em sua tese de doutorado. RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial esquematizado. 6ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 473.

8. Entende Serick que “abuso da forma” é qualquer ato que, por meio do instrumento da pessoa jurídica, vise frustrar a aplicação da lei ou o cumprimento de obrigação contratual, ou, ainda, prejudicar terceiros de modo fraudulento. Ressalta, também, que não se admite a desconsideração da personalidade jurídica sem a presença desse abuso, mesmo que para a proteção da boa-fé.

diferenciação real entre aquelas partes”. Assim, não se pode admitir negócio jurídico realizado consigo mesmo, ou seja, aquele realizado entre um sócio (pessoa natural) e a pessoa jurídica da qual é membro⁹.

Destarte, a consolidação dos critérios da desconsideração da personalidade jurídica foi delineada pela sistematização científica de Rolf Serick, que identificou o padrão das situações que requerem a desconsideração da personalidade jurídica, qual seja, o abuso de direito e a fraude em sentido amplo.

2.4 A desconsideração da personalidade jurídica na doutrina e no ordenamento jurídico brasileiros – breve esboço histórico

Na doutrina, o primeiro a trazer para o debate a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para o Brasil foi Rubens Requião, quando da apresentação de seu estudo intitulado “Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica”, em 1969, na Universidade Federal do Paraná.

Com o trabalho de Requião, os debates se intensificaram e houve um amadurecimento da doutrina brasileira. Isto fez com que as primeiras sentenças utilizando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica fossem proferidas, mas ainda sem base legal específica¹⁰.

Todavia, conforme ensina Koury¹¹, logo de início, o Brasil não albergou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Tal instituto encontrava resistência no artigo 20 do Código Civil de 1916, que “era reputado um axioma, em razão do qual a personalidade jurídica era considerada impenetrável, um direito absoluto”.

No ordenamento jurídico pátrio, foi o Código de Defesa do Consumidor (artigo 28 da Lei Federal nº 8078/90), o primeiro dispositivo legal a se referir expressamente à Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Posteriormente outras leis brasileiras também se referiram expressamente à desconsideração da personalidade jurídica (conforme mais à frente será elencado). Entretanto, nas palavras de César Fiuza¹², foi somente a partir da entrada em vigor do atual Código Civil (Lei Federal nº 10.406/02), que a legislação brasileira incorporou o verdadeiro “espírito” da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Hodiernamente, a Medida Provisória 881, de 30 de abril de 2019, em seu artigo 7º, alterou o artigo 50¹³ da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), cujo texto será ao diante analisado.

9. COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**, Vol. 2. 14ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo: 2010. p. 37.

10. CHAVES DE FARIAS, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 315.

11. KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (Disregard doctrine) e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 129.

12. FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2010. p. 157.

13. Plasmava a “teoria maior” da desconsideração da personalidade jurídica.

3 | OS CONCEITOS DE PERSONALIDADE JURÍDICA E RESPONSÁVEL, E SUAS MODALIDADES NA SEARA TRIBUTÁRIA

O presente artigo tem como objeto de estudo o uso do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das execuções fiscais. Assim, é relevante consignar os conceitos de personalidade jurídica e de responsável tributário, no que tange à responsabilidade de terceiros, em especial aquela relativa aos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado (art. 135, III do CTN), portanto, é necessário que também seja feito um breve esboço acerca das modalidades de responsável na seara tributária.

O instituto do responsável tributário tem matriz constitucional. Tem fulcro no artigo 150, § 7º da CRFB/88¹⁴, que foi incluído ao Texto pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993. Tal dispositivo autoriza que a lei possa atribuir ao sujeito passivo (gênero) de uma dada relação jurídico-tributária obrigacional principal a condição de responsável (espécie) pelo pagamento, ainda que antecipado, de imposto ou contribuição, mesmo que tal responsável não se revista da condição de contribuinte, ou seja, mesmo que não tenha cometido o fato gerador (concreto) do tributo devido.

O inciso II do parágrafo único do art. 121 do CTN¹⁵ corrobora tal assertiva. Com efeito, basta que a lei expressamente atribua a alguém a obrigação de pagar o tributo, para que ela passe a figurar no polo passivo da relação jurídico-tributária obrigacional principal, na condição de responsável, espécie do gênero sujeito passivo. Conforme ensina Ricardo Lobo Torres¹⁶, trata-se do fato gerador da responsabilidade, que ocorre com a prática do pressuposto previsto na lei que regula a responsabilidade.

Assim, conforme as lições de Luciano Amaro¹⁷, é possível verificar duas modalidades primárias de responsabilização tributária: a responsabilidade tributária por substituição e a responsabilidade tributária por transferência. E não é só, Mauro Luís da Rocha Lopes¹⁸ ensina que a responsabilidade tributária também pode ser classificada em total ou parcial, que venha a resultar em: (i) solidariedade entre o contribuinte e o responsável; (ii) subsidiariedade entre o contribuinte e o responsável; e (iii) liberação do contribuinte da obrigação principal, no caso de responsabilidade

14. Art. 150. §7º. A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

15. Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

16. TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 256.

17. AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 333.

18. LOPES, Mauro Luís Rocha. **Processo Judicial Tributário, execução fiscal e ações tributárias**, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 247.

por substituição.

Quando a modalidade de responsabilidade tributária for por substituição, o responsável (substituto), desde o nascimento da obrigação principal, figura no polo passivo da relação jurídico tributária, a despeito do fato gerador (concreto) ter sido praticado pelo contribuinte. Segundo os ensinamentos de Luís Eduardo Schoueri¹⁹, para quem “nessas situações, portanto, praticado o fato gerador pelo contribuinte, nasce a pretensão tributária diretamente contra o substituto tributário (sujeito passivo/responsável tributário) ”.

Já na responsabilidade tributária por transferência, continua lecionando Schoueri, seu surgimento ocorre quando o legislador, embora definindo um sujeito passivo pela verificação do fato jurídico tributário, determina, tendo em vista outro fato – diverso do fato jurídico tributário – que outra pessoa passará a ser responsável – solidariamente ou não – pelo recolhimento do tributo devido pelo primeiro.

Os casos de responsabilidade por solidariedade (artigo 124 do CTN), por sucessão (artigos 130 a 133 do CTN) e de terceiros (artigos 134 e 135 do CTN) são os que justamente se adequam às hipóteses de responsabilidade por transferência.

Desta feita, repita-se, o presente artigo tem foco na responsabilidade por transferência, na submodalidade responsabilidade tributária de terceiros, especificamente em relação aos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, quando praticarem atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

3.1 A responsabilidade tributária prevista no artigo 135, III do CTN

A responsabilidade tributária inserta no artigo 135 do CTN decorre de conduta antijurídica de pessoa que esteja elencada num dos seus três incisos. A prática tributária demonstra que os casos elencados em seu inciso III correspondem a maioria das contendas, assim, em consequência, sendo o objeto das principais discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, por isso mesmo, sendo parte do objeto do presente artigo.

Destarte, especificamente no que concerne ao inciso III do artigo 135 do CTN, tem-se que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, quando praticarem atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos serão pessoalmente responsáveis. Ao revés, em não ocorrendo a conduta antijurídica inserta no artigo 135, apenas a pessoa jurídica responderá pelo débito tributário.

Nesta toada, torna-se importante trazer à baila alguns ponderações e entendimentos jurisprudenciais. O primeiro é no sentido de que, muito embora a responsabilidade tributária inserta no artigo 135, seja expressada em seu

19. SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 505-506.

texto como “pessoal”, o fato é que a correspondente pessoa jurídica não estará excluída do polo passivo da relação jurídico tributária obrigacional principal. Este é o entendimento do STJ, para quem os diretores respondem para com a pessoa jurídica e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (EResp 174.532-PR). Em outro julgado, o mesmo STJ também entendeu que seria um contrassenso atribuir a ato ilícito praticado por sócio um efeito liberatório sobre a correspondente pessoa jurídica. A Corte entendeu que não há, nem no CTN nem na legislação esparsa, regra asseverando que a responsabilização do terceiro que agiu de forma irregular constitui causa de exclusão de responsabilidade tributária da pessoa jurídica (REsp 1.455.490-PR).

O segundo se consubstancia na assertiva de que não há como corretamente imputar ao dirigente a responsabilidade por atos praticados em momento não compreendido em sua gestão. Ademais, a simples condição de sócio não é causa suficiente para a responsabilização tributária pessoal, inserta no artigo 135, III do CTN. Para tanto, há, necessariamente, de se ter constatado que o sócio exerceu a gerência ou a direção da pessoa jurídica de direito privado. Desta feita, observam-se os ensinamentos de Leandro Paulsen²⁰, *in verbis*:

Constitui prova para a configuração da responsabilidade o fato de o agente encontrar-se na direção da empresa na data do cumprimento da obrigação, devendo ter poderes de decisão quando ao não recolhimento do tributo. A mera condição de sócio é insuficiente, pois a condução da sociedade é que é relevante. [...] sendo a responsabilidade, assim, do diretor, gerente, ou representante, e não do simples sócio sem poderes de gestão, também não é possível responsabilizar pessoalmente o diretor ou o gerente por atos praticados em período anterior ou posterior à sua gestão. Assim, sócios que não tenham tido qualquer ingerência sobre os fatos não podem ser pessoalmente responsabilizados pelos créditos tributários decorrentes.

Outro entendimento que também deve ser trazido à baila é o fato de que o simples inadimplemento da obrigação tributária principal não é motivo capaz de configurar a responsabilização tributária pessoal do dirigente, nos moldes do art. 135, III do CTN. Trata-se do enunciado da Súmula 430 do STJ²¹, “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”.

Da mesma forma, o requerimento de falência também não constitui ato ilícito algum, de modo que não pode ser invocado para justificar a incidência do art. 135, III do CTN. Leandro Paulsen²² assim discorre sobre o tema:

20. PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**, 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 199/200.

21. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado nº 430 da súmula de jurisprudência. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_41_capSumula430.pdf. Acesso em 31/03/2019.

22. PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**, 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 199/200.

Note-se que ou a empresa encerra suas atividades após o pagamento de todos os seus débitos tributários, obtendo, assim, a certidão negativa indispensável à requisição de baixa, ou a encerra com débitos que não tem como saldar. Neste último caso, deverá requerer a autofalência. Muitas vezes, porém, simplesmente fecha as portas deixando credores. Mas, ainda assim, é certo que tal dissolução irregular (de fato, não de direito) não é fato gerador de tributo algum; da dissolução, propriamente, não decorre obrigação tributária nova.

Desta feita, depreende-se com facilidade que existem duas formas de dissolução regular de sociedade empresária, quais sejam, requerendo a falência ou encerrando as atividades por intermédio da requisição de baixa, após a quitação integral das obrigações tributárias. Certo é que nenhuma dessas hipóteses podem ser subsumidas ao artigo 135, III do CTN.

Todavia, no caso de dissolução irregular, quando o motivo resulta do abandono da pessoa jurídica de direito privado ou da transferência de sua titularidade a terceiros mediante simulação ou, ainda, quando houver a mudança do domicílio tributário sem a devida comunicação e anuência do Fisco e dos demais órgãos competentes, ocorrerá, então, a subsunção ao artigo 135, III do CTN.

É que a jurisprudência entende que a dissolução irregular é motivo para que ocorra a responsabilização tributária pessoal do gestor, uma vez que competia a ele adotar as medidas necessárias insertas na legislação para que a dissolução ocorresse de forma regular. Trata-se do enunciado da Súmula 435 do STJ²³, *in verbis*:

Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Assim, sendo certo que a responsabilidade tributária inserta no artigo 135, III do CTN é a mais corriqueira e relevante no campo tributário, e detalhadas as situações onde é possível a subsunção, é relevante discorrer sobre como ela se efetiva no processo tributário.

3.2 A responsabilização pessoal do gestor na forma do artigo 135, III do CTN na execução fiscal

Quando diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado praticarem atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, a Fazenda Pública pode incluir na Certidão de Dívida Ativa (título executivo extrajudicial) o(s) nome(s) do(s) gestor(es). Assim a CDA conterá tanto o nome da pessoa jurídica de direito privado quanto o(s) nome(s) do(s) respectivo(s) gestor(es).

23. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado nº 430 da súmula de jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=%28sumula%20adj1%20%27435%27%29.sub>. Acesso em 31 mar. 2019.

É que a doutrina de escol²⁴ assevera que como a aplicação do artigo 135, III do CTN decorre da prática de ato ilícito, tal prática deveria ser apurada ainda no procedimento administrativo, seja na fase inquisitiva ou, ainda, na regular inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa, desde que seja oportunizado ao(s) gestor(es) o *due processo of law*, bem como o exercício da ampla defesa e do contraditório. O STJ²⁵ entende que cabe ao responsável tributário cujo nome consta da CDA (título executivo extrajudicial) provar que não praticou o ato ilícito que ensejou a sua responsabilização tributária pessoal.

Entretanto, tal possibilidade não se demonstra comum na prática tributária. Na seara tributária, a cobrança do crédito tributário que se origina de fato que se adequa ao artigo 135, III do CTN, corriqueiramente se efetiva com o deferimento, pelo magistrado competente, do pedido de responsabilização tributária pessoal do(s) gestor(es) da pessoa jurídica de direito privado, que também é chamado de “redirecionamento da execução fiscal”. Tal redirecionamento tem o condão de incluir o(s) gestor(es) no polo passivo da execução fiscal que originariamente foi proposta somente contra a pessoa jurídica de direito privado.

Assim, o redirecionamento da execução fiscal tem o condão de alcançar responsáveis tributários mesmo que seus nomes, originariamente, não estejam na respectiva Certidão de Dívida Ativa, com fulcro nos artigos 121, II e 135, ambos do CTN, c/c o artigo 4º, V da LEF, c/c o artigo 779, VI do NCPD.

Com efeito, comprovada a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos por parte dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, o magistrado competente pode deferir o redirecionamento da execução fiscal, determinando, assim, a inclusão do(s) responsável(is) no polo passivo do executivo fiscal que, originariamente, somente foi promovida contra a pessoa jurídica de direito privado.

Entretanto, em ocorrendo o redirecionamento da execução fiscal, por óbvio deve ser garantido ao(s) responsável(is) tributário(s) o exercício do contraditório e da ampla defesa, seja numa eventual exceção de pré-executividade, na forma da

24. Segundo as lições de Humberto Theodoro Junior, será no regular processo administrativo de lançamento e inscrição do débito que se averiguará se o terceiro pode, ou não, ser responsabilizado pelo débito tributário: “Com relação à corresponsabilidade de terceiros pelo crédito tributário inscrito em nome de outrem, o que não se sabe, antes do regular processo administrativo de lançamento e inscrição do crédito também contra o possível corresponsável, é justamente se o terceiro apontado é, ou não, um legítimo responsável tributário. É, precisamente, portanto, sua qualidade de responsável tributário que está a reclamar acerto antes do ingresso da Fazenda no juízo executivo, pois do contrário estar-se-ia admitindo execução forçada sem título executivo e, conseqüentemente, sem a certeza jurídica da obrigação que se intenta realizar, sob coação estatal de medidas executivas concretas, imediatas e definitivas.” THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal**: comentários e jurisprudência, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

25. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Nº1340025/ES. Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DF, 04 set.2012. Publicação: DJe 12/09/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1.110.925&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em 31 mar. 2019.

Súmula 393²⁶ do STJ, seja por intermédio dos embargos, desde que, neste caso, garantido o juízo.

Humberto Theodoro Junior²⁷ bem sintetizou o redirecionamento da execução fiscal em cotejo com a presunção de certeza e liquidez da CDA, inserta no artigo 204 do CTN e no artigo 3º da LEF, *in verbis*:

Se a execução for iniciada contra a sociedade, é possível, no curso do processo, redirecioná-la para os sócios administradores, quer constem, quer não, os respectivos nomes na certidão de dívida ativa, o que provoca reflexos significativos sobre o ônus da prova. A jurisprudência do STJ assenta-se sobre os seguintes princípios para equacionar o problema [...]:

a) Sócio que não figurou na CDA nem na petição inicial:

Se o sócio-gerente não figura na CDA, caberá ao Fisco, ao requerer o redirecionamento, demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN, ou seja, deverá demonstrar infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos, ou, ainda, dissolução irregular da sociedade.

b) Sócio que, na petição inicial, foi apontado como co-executado:

Se a execução foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio-gerente, a este compete o ônus da prova, já que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c/c art. 3º, da Lei n. 6.830/80 (mesmo que o nome do sócio não tenha figurado na CDA).

c) Caso a execução tenha sido proposta somente contra a pessoa jurídica e havendo indicação do nome do sócio gerente na CDA como corresponsável tributário, não se trata de típico redirecionamento. Neste caso, o ônus da prova compete igualmente ao sócio, tendo em vista a presunção relativa de liquidez e certeza que milita em favor da Certidão de Dívida Ativa.

Em síntese, a posição unânime da 1ª seção do STJ é de que, na hipótese de ter sido a execução fiscal proposta ou redirecionada com base em CDA da qual consta o nome do sócio-gerente como corresponsável tributário, cabe a este o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN [...]"

Elucidadas as hipóteses de atribuição de responsabilidade tributária pessoal e como ocorrem na execução fiscal, será agora explanado sobre o conceito de personalidade jurídica, o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica e a desconsideração inversa da personalidade jurídica, para que, depois, se siga ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, trazido pelo CPC de 2015, recentemente alterado pela MP 881/2019.

26. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 393. A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_36_capSumula393.pdf. Acesso em 31 mar. 2019.

27. THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal**: comentários e jurisprudência, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40.

3.3 Os conceitos de personalidade jurídica e de personalidade da pessoa jurídica

Tendo em vista o objeto do presente artigo, é relevante que se conceitue o instituto da “personalidade jurídica”. Júlio César Franceschet²⁸ ensina que “*Personalidade* era a máscara usada pelos atores nos grandes anfiteatros da Grécia, cujo objetivo era ressoar a voz e torná-la mais forte e aguda para que todos pudessem ouvi-la. Portanto, desde seus primórdios, a personalidade possuía esse caráter de projeção e com o passar dos anos deixou a dramaturgia para representar o ‘papel’ que cada pessoa ocupa na vida real, representando, pois, a capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações”.

Continua Franceschet, discorrendo que Clóvis Beviláqua conceituou a personalidade como “a aptidão para adquirir e contrair obrigações”. Concluiu, então que “pessoa e personalidade são conceitos equivalentes, uma vez que a primeira vem ser a aptidão para a segunda. Ou melhor, a pessoa é o ser sujeito de direitos”.

Ítalo Miqueias da Silva Alves²⁹, assevera que “a personalidade jurídica é a aptidão genérica para adquirir direito subjetivo, e é reconhecida a todo o ser humano independente da consciência ou vontade do indivíduo, esta é, portanto, um atributo inseparável da pessoa”.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal³⁰ a personalidade jurídica “trata-se do atributo reconhecido a uma pessoa para que possa atuar no plano jurídico (titularizando relações diversas) e reclamar a proteção jurídica dedicada pelos direitos da personalidade”.

Assim, a personalidade jurídica pode – e deve – ser analisada por dois prismas: o primeiro de forma restrita, tendo como foco a pessoa natural e o segundo tendo por objeto a pessoa jurídica, ambas, sujeito de direitos.

Por outro lado, o termo “pessoa jurídica” é utilizado na ciência jurídica para designar uma entidade que pode ser detentora de direitos e obrigações e à qual se atribui personalidade jurídica. Assim, é possível asseverar que a pessoa jurídica é dotada de personalidade, ou seja, capacidade para exercer direitos e ser evocada para responder a determinadas obrigações.

Nesta toada, traz-se a definição de Fábio Ulhôa Coelho³¹, que nos parece ser a mais escorreita, quando assevera que a personalidade da pessoa jurídica se consubstancia na sua capacidade de contrair direitos, ônus e obrigações em nome

28. FRANCESCET, Júlio César. **Pessoa jurídica e direitos da personalidade**. In: ASSUMPÇÃO ALVES, Alexandre Ferreira de. NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon (coordenadores). *Temas de Direito Civil – Empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 115.

29. ALVES, Ítalo Miqueias da Silva. **A personalidade jurídica no Direito Civil**. Artigos JusBrasil. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61828/a-personalidade-juridica-no-direito-civil>. Acesso em 16 jul. 2019.

30. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 96.

31. COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 144-145.

próprio, haja vista expressa previsão legal e com total separação da personalidade de seus sócios e demais integrantes.

3.4 O princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica

Já o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, inserto no artigo 1.024 do Código Civil³², revela clara limitação acerca da responsabilização dos sócios. Tal princípio nos informa que, em regra, o patrimônio pessoal do empreendedor que se aventura numa atividade comercial, submetendo-se, assim, aos riscos inerentes ao negócio, não seja alcançado por terceiros no caso de insucesso da pessoa jurídica de direito privado.

Desta feita, é insofismável a assertiva de que o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se consubstancia num instrumento jurídico incentivador do empreendedorismo e da captação de recursos de investidores. Revela-se socialmente importante posto que possibilita o fomento da economia, gerando emprego e renda. Sobre o tema, Fábio Ulhôa Coelho³³ assevera o seguinte: “A segregação dos riscos motiva e atrai novos investimentos por poupar o investidor de perdas elevadas ou totais, em caso de insucesso da empresa”.

Entretanto, não são poucas as vezes em que ocorrem desvios de finalidade (fins ilícitos) na aplicação do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, em maior medida na tentativa de exonerar os sócios das obrigações tributárias (também é relativamente comum nas obrigações trabalhistas). Aqui, vale trazer à baila os ensinamentos de Suzy Elizabeth Cavalcante Koury³⁴:

Com efeito, todo instituto jurídico corre o risco de ter sua função desviada, ou seja, utilizada contrariamente às suas finalidades. Esse desvio de função consiste na falta de correspondência entre o fim perseguido pelas partes e o conteúdo que, segundo o ordenamento jurídico, é próprio da forma utilizada.

Assim, com o fito de combater os abusos que quedam no desvio da finalidade do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica surgiu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que impossibilita a separação do patrimônio da pessoa jurídica do patrimônio de seus gestores. Desta feita, o gestor passa a responder com o seu patrimônio pessoal pelo descumprimento de obrigações assumidas pela pessoa jurídica. Flávio Tartuce³⁵ assevera que “o escudo, no caso da pessoa jurídica, é retirado para atingir quem está atrás dele, o

32. 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/L10406.htm. Acesso em 31 mar. 2019. Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

33. COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 16ª Ed. V.1. São Paulo: Saraiva 2012.

34. KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (Disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 70.

35. TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2011, p. 135.

sócio ou administrado”.

Gustavo Tepedino³⁶ assevera que tanto a *disregard doctrine* quanto a doutrina do *lifting the corporate veil* não têm o condão de anular a personalidade ou dissolver a pessoa jurídica. Afirma que atingem “tão somente a desconstituição de cenários reprovados socialmente”. Complementa ainda:

Supera-se o escudo protetor conferido pela pessoa jurídica, episodicamente, a fim de atribuir os efeitos de determinada relação obrigacional, instituída de forma fraudulenta ou abusiva, aos seus sócios ou administradores, os quais passam, por conseguinte, a responder com seu patrimônio pela dívida da pessoa jurídica. Daí a doutrina afastar o termo ‘despersonalização’, tendo também o Projeto de Código Civil seguido este caminho ao distanciar-se da tentação autoritária, cogitada no projeto originário, que aventava a possibilidade de dissolução da pessoa jurídica nos casos de fraude ou abuso.

O *codex* civil levou a efeito a *disregard doctrine* em seu artigo 50³⁷ (recentemente alterado pela Medida Provisória nº 881/2019). A desconconsideração da personalidade jurídica também tem fulcro em outros dispositivos normativos, tais como: o artigo 14 da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13); o artigo 2º, § 2º da CLT; o artigo 28 do CDC; o artigo 18 da Lei do CADE (Lei nº 8.884/94); o artigo 4º da Lei de Proteção ao Meio Ambiente (Lei nº 9605/98); e, há quem sustente, o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), conforme ao diante será expandido.

Destarte, sendo certo que o Direito pátrio classifica a desconconsideração da personalidade jurídica em vários tipos, diferenciando-os, principalmente, no que tange aos seus requisitos, torna-se necessário consignar que no caso deste artigo, a classificação aplicada é a “Teoria Maior da Desconconsideração”, que exige a efetiva comprovação do abuso do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica como requisito autorizador da desconconsideração da personalidade jurídica e, por conseguinte, autorizador do redirecionamento da execução fiscal.

Em contraponto, Sérgio Marcos Negri³⁸ denota que “é interessante destacar que o instituto da limitação da responsabilidade dos sócios representa um importante elemento para o desenvolvimento da economia, uma vez que estimula investimentos e minimiza as perdas nas atividades econômicas de elevado risco”.

Explica Negri que justamente por conta desse desenvolvimento econômico é que a *disregard* recebe uma interpretação econômica. Trata-se de uma análise econômica do direito (AED)³⁹, que procura apresentar uma estrutura teórica capaz

36. TEPEDINO, Gustavo. **Soluções Práticas de Direito** – Pareceres, vol. III, Empresa e Atividade Negocial. Rio de Janeiro: RT, 2011, p. 65/66.

37. Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

38. NEGRI, Sérgio Marcos C. de A. Repensando a *Disregard Doctrine*: justiça, segurança e eficiência na desconconsideração da personalidade jurídica. In: ASSUMPÇÃO ALVES, Alexandre Ferreira de. NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon (Coord.). Temas de Direito Civil – Empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 170.

39. Ensina Negri que nos últimos trinta anos, a chamada Análise Econômica do Direito (AED), tem conquistado

de analisar a conduta humana em face das normas jurídicas.

AAED, realizada pelos economistas da Universidade de Chicago – em especial, Ronald Coase e Richard Posner – concluiu que a *disregard* é um instrumento capaz de garantir uma eficiente alocação de riscos entre as sociedades e seus credores. Assim, a desconsideração da personalidade jurídica poderia ser considerada como um instrumento destinado a sopesar os benefícios e os custos da responsabilidade limitada. Com efeito, o trabalho de Ronald Coase, intitulado “*The Nature of the Firm*”, nas últimas décadas, influenciou juristas e economistas no sentido de redefinirem os limites da desconsideração da personalidade jurídica.

3.5 A desconsideração inversa da personalidade jurídica

Conforme acima versado, em síntese, a desconsideração da personalidade jurídica é utilizada como instrumento para responsabilizar sócio por dívida formalmente imputada à sociedade. Entretanto, o inverso também é juridicamente possível, isto é, desconsiderar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, para responsabilizá-la por obrigação de sócio.

Destarte, a desconsideração inversa é o afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio. A aplicação da desconsideração inversa ocorre quando há responsabilização da sociedade por obrigação do sócio, no caso de a pessoa jurídica ser utilizada como meio para ocultar o objeto da má-fé. Trata-se de hipótese em que os sócios, confiando na autonomia patrimonial da sociedade, desviam seus bens particulares para esta, objetivando assim fraudar direito alheio.

Isto porque, é possível que o sócio use uma pessoa jurídica para esconder o seu patrimônio pessoal dos credores, transferindo-o por inteiro ou parte à pessoa jurídica, evitando, desta forma, o acesso dos credores a seus bens. Em muitos desses casos será possível enxergar a fraude (teoria maior subjetiva), ou a confusão patrimonial (teoria maior objetiva) e, em razão disso, aplica-se a desconsideração inversa da personalidade jurídica, para responsabilizar a sociedade por obrigações pessoais dos sócios. O mesmo raciocínio da desconsideração tradicional é usado para evitar o mau uso (desvio de finalidade) da pessoa jurídica.

Desta feita, é possível concluir que a desconsideração inversa da personalidade jurídica se caracteriza pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para contrariamente ao que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social de modo a responsabilizar a

cada vez mais força entre juristas, estudantes e operadores do Direito. Sua origem está relacionada ao trabalho de economistas e juristas americanos, mais especificamente da Universidade de Chicago. A AED tem como objetivo principal analisar questões jurídicas sob o ponto de vista econômico. Essa singular aproximação tem como premissa fundamental a ideia de que o direito envolve necessariamente uma racionalidade econômica, que, por sua vez, confere grande destaque à lógica da eficiência econômica.

pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador.

4 | O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Inexistente no antigo Código de Processo Civil, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica foi trazido ao ordenamento jurídico pátrio pelo novel *codex* processual. Tem fulcro nos artigos 133 a 137 do NCPC, *in verbis*:

CAPÍTULO IV

DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Art. 133. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

Trata-se, pois, de instrumento processual que elenca os procedimentos necessários para alcançar a desconconsideração da personalidade jurídica, para tanto

privilegiando, por óbvio, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, uma vez que assegura a terceiros a possibilidade de intervenção nos autos antes da correspondente responsabilização.

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica inova ao trazer ao ordenamento jurídico um rito específico que tem por objetivo examinar sua aplicabilidade ou não, prevendo a citação do sócio ou a pessoa jurídica, além de garantir a abertura de instrução que investigue se estão presentes os pressupostos materiais da desconconsideração.

Nesta esteira, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica tem intrínseca relação com a constitucionalização do processo civil, além de dar musculatura ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

4.1 Os argumentos contra e a favor acerca da inaplicabilidade do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais

Não obstante a assertiva de que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica se consubstancia em importante avanço na busca pela efetividade de princípios constitucionais na seara processual, é importante consignar que parte expressiva dos operadores do direito – em especial procuradores fazendários – e da jurisprudência entendem pela inaplicabilidade de tal instituto nos executivos fiscais. Defendem que existem barreiras intransponíveis de ordem sistêmica e conceitual que impediriam sua utilização no campo de atuação da LEF.

Os procuradores fazendários que defendem a incompatibilidade sistêmica para o uso do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica para redirecionar execuções fiscais, na forma do artigo 135, III do CTN, lastreiam sua posição no entendimento de que o instituto em comento tem fulcro no NCPC, que, apesar de posterior, é lei geral, com aplicação subsidiária e supletiva às leis de ritos especiais, como é o caso da LEF, em homenagem ao princípio da especialidade. Defendem, ainda, que a existência de procedimentos especiais se justificaria pela necessidade de adequação do processo ao direito material, que por meio daqueles se buscaria a concretude deste, também se levando em conta a natureza dos interesses em jogo.

Os procuradores fazendários sustentam, ainda, que o uso do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica para o redirecionamento de execuções fiscais feriria princípios norteadores da LEF, bem como as regras nela elencadas, tal como a necessidade de garantia prévia do juízo.

Entretanto, a parcela doutrinária que se alinha a favor da aplicabilidade, argumenta que onde a LEF é silente, o NCPC deve ser aplicado, conforme dispõe o artigo 1º da LEF. Neste contexto, também alega que a LEF não faz expressa menção ao procedimento de redirecionamento de execuções fiscais.

Os partidários da corrente favorável à aplicação do incidente nos executivos fiscais asseveram, ainda, que o NCPD expressamente prevê o cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica também na execução fundada em título executivo extrajudicial, conforme dispõe o *caput* do artigo 134 do *codex* processual e que é insofismável a assertiva de que uma execução fiscal se lastreia na respectiva Certidão de Dívida Ativa, que se consubstancia num título executivo extrajudicial.

Por outro lado, a corrente capitaneada pelos procuradores fazendários, que adota a inaplicabilidade, sustenta que a Certidão de Dívida Ativa é um título executivo extrajudicial com uma característica diferente dos demais, posto que seria revestido pelo interesse público, que se materializa na satisfação do crédito tributário, uma vez que as receitas correntes tributárias representam, na maioria dos Entes Públicos, parte substancial de suas arrecadações, indispensáveis à consecução de políticas públicas. Que tais assertivas justificariam um tratamento diferenciado, instrumentalizado na legislação especial e que nem toda lacuna existente na LEF autorizaria a aplicação subsidiária de norma contida na lei processual geral.

Tendo em vista as manifestações fazendárias analisadas, a necessidade de garantia prévia do juízo em executivos fiscais é o principal argumento da corrente que defende a referenciada incompatibilidade. É que o rito processual trazido pelo incidente de desconsideração da personalidade jurídica inserto no NCPD oportuniza que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado (nos casos elencados no artigo 135 do CTN) contraditem sua legitimidade para figurar no polo passivo da execução fiscal sem a necessidade de garantia do juízo, garantindo-lhes, inclusive, a produção de provas, o que leva à suspensão da respectiva execução fiscal, desta forma autorizando que atos de constrição patrimonial somente possam ser retomados após a decisão final relativa ao incidente.

A tese construída pelos fazendários defensores da incompatibilidade repousa na lógica de que a defesa em execução fiscal deve ser manejada pela via dos embargos do executado, após a garantia da execução, conforme dispõe o artigo 16, § 1º da LEF.

Conduto, a corrente que abraça a compatibilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais assevera que os embargos do executado não é a única via possível de defesa. Lembra da possibilidade do manejo da exceção de pré-executividade, que não requer a garantia da execução, além de afirmar que a necessidade de garantia da execução, em última análise, feriria o direito ao amplo acesso à Justiça previsto constitucionalmente.

Estes argumentos são rebatidos pelos procuradores fazendários, defensores da incompatibilidade, com a afirmação de que a exceção de pré-executividade

somente é cabível na execução fiscal quando seu objeto tratar de matéria de ordem pública (aquele que deve ser conhecível de ofício pelo juiz) e que não requeira dilação probatória, conforme dispõe a Súmula 393 do STJ e que não existiria afronta ao direito ao amplo acesso à Justiça, posto que a própria Constituição de 1988 tornaria excepcional tal direito quando, ainda que implicitamente, reveste o crédito tributário com o manto do interesse público, em homenagem à supremacia do interesse público em detrimento do interesse particular.

4.2 As conclusões, doutrinas e os precedentes judiciais sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica em execução fiscal

Já existem posições colegiadas proferidas, fóruns associativos, sob a forma de enunciados, sobre o tema em comento, que em sua maioria caminham para a assertiva de que seria incompatível o incidente de desconsideração da personalidade jurídica em execuções fiscais.

Nesta esteira, apresenta-se o Enunciado nº 20⁴⁰, proveniente do II Fórum Nacional de Execução Fiscal (II FONEF), da Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, que traz à baila a Súmula 435⁴¹ do STJ, *in verbis*:

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 133 do NCPC, não se aplica aos casos em que há pedido de inclusão de terceiros no polo passivo da execução fiscal de créditos tributários, com fundamento no art. 135 do CTN, desde que configurada a dissolução irregular da executada, nos termos da súmula 435 do STJ (Aprovado no II FONEF).

No mesmo sentido é o Enunciado nº 06⁴², proveniente do Fórum de Execuções Fiscais da 2ª Região (FOREXEC), que tem a seguinte redação:

A responsabilidade tributária regulada no art. 135 do CTN não constitui hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no art. 133 do CPC/2015.

O Enunciado nº 53⁴³ formulado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) segue a mesma trilha:

O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015.

A maior parte dos precedentes também afastam a aplicabilidade do incidente

40. AJUFE. FONEF: **Fórum Nacional de Execução Fiscal** – Compilado. S/d. Disponível em: <https://www.ajufer.org.br/images/compilados/enunciados/FONEF-enunciados.pdf>. Acesso em 15 abr. 2019.

41. Súmula 435 - Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

42. FOREXEC. Fórum de Execuções Fiscais. **Os impactos do novo Código de Processo Civil da execução fiscal**. 2015. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/10/enunciadosforexec2015.pdf>. Acesso em 15. abr. 2019.

43. ENFAM. **Seminário - O Poder Judiciário e o Novo Código De Processo Civil**. 2015. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em 15. abr. 2019.

de desconsideração da personalidade jurídica em execução fiscal, de acordo com o atual entendimento do TJ-RJ:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução fiscal. Decisão que, ao deferir o redirecionamento da execução fiscal para o sócio, com fundamento na Súmula 435 do STJ, aplicou o art. 134, § 3º do NCPC, determinando a suspensão do feito. Incompatibilidade com o regramento especial previsto na Lei 6.030/80 para execução dos créditos públicos. Suspensão do processo que representaria a suspensão da execução sem garantia do juízo, violando o previsto no art. 16, § 1º da 6830/80 e sem a correlata suspensão do prazo prescricional para a cobrança do crédito tributário. Enunciado 53 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam). “O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica”. Reforma da decisão agravada para que o redirecionamento da execução fiscal para o sócio gerente, com fundamento na Súmula 435 do STJ, não implique em suspensão do feito. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO. ” (TJ/RJ 16ª CÂMARA CÍVEL 0054947-09.2017.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO Des(a). PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS - Julgamento: 28/09/2017 - DÉCIMA CÂMARA CÍVEL)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO DE ICMS. PLEITO DE REDIRECIONAMENTO DA DEMANDA AO SÓCIO GERENTE/ADMINISTRADOR, NA FORMA DO ART. 135, III, DO CTN. INDEFERIMENTO. PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CITAÇÃO DA EMPRESA EXECUTADA. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES NO DOMICÍLIO FISCAL, BEM COMO NO ENDEREÇO CONSTANTE DA ALTERAÇÃO CONTRATUAL LEVADA A EFEITO E ARQUIVADA NA JUCERJA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 435, DO C. STJ. ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBE AO SÓCIO QUANTO À DEMONSTRAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DOLO, MA-FÉ OU FRAUDE NA ADMINISTRAÇÃO DOS NEGÓCIOS. PRECEDENTE DA CORTE SUPERIOR. HIPÓTESE QUE NÃO SE CONFUNDE COM O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PREVISTO NOS ARTS. 133 A 137, DO CPC/2015, EM RAZÃO DA POSTERGAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, MONOCRATICAMENTE, PARA ADMITIR A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL NOS TERMOS DO ART. 932, V, A, DO CPC/2015.” (TJ/RJ 10ª CÂMARA CÍVEL 0039401-45.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). MAURO DICKSTEIN - Julgamento: 03/08/2016 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL)

A maioria dos precedentes do Judiciário Federal vão na mesma linha:

EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DO ART. 133 DO NOVO CPC. INCOMPATIBILIDADE. O incidente de que trata o art. 133 do CPC de 2015 é incompatível com as execuções propostas para satisfação de créditos tributários, através do rito da Lei nº 6.830/80.” (TRF4 – AI no 5052254-51.2016.4.04.0000/SC, rel. Des. Jorge Antônio Maurique, j. 14/12/2016)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DÍVIDA TRIBUTÁRIA. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ARTIGO 133 E SEQUINTE. CPC/2015. DESCABIMENTO. VIGÊNCIA DE PARCELAMENTO NÃO COMPROVADA. PEDIDO DE REINCLUSÃO AINDA NÃO ANALISADO. 1. Agravo de Instrumento interposto por JVCO PARTICIPAÇÕES LTDA. em face de decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal de Execução Fiscal/ RJ, que reconheceu a existência de grupo econômico, constituído pelas empresas DOCAS INVESTIMENTOS S.A., EDITORA RIO S/A, PHIDIAS LTDA, HÉRMIA PARTICIPAÇÕES LTDA, TESEU PARTICIPAÇÕES LTDA, HOLDCO PARTICIPAÇÕES LTDA e INTELIG PARTICIPAÇÕES LTDA (incorporada por TIM PARTICIPAÇÕES S/A), e das pessoas físicas NELSON SEQUEIROS

RODRIGUEZ TANURE e ÂNGELA MARIA PEREIRA MOREIRA, (empresas do Grupo JB), deferindo a inclusão de todos polo passivo da execução fiscal, com fulcro nos art. 124, 129 e 133 do CTN e, especificamente do art. 50 do Código Civil. 2. Alega a Agravante que somente poderia haver a desconsideração da personalidade jurídica mediante o procedimento próprio previsto nos arts. 133 a 137 do CPC/2015, possibilitando a produção de provas e defesa prévia e ampla, em incidente apartado. 3. O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (arts. 133/137 do CPC/2015) prevê a instauração autônoma, cabível em todas as fases do processo, que assegura contraditório prévio aos sócios antes da desconsideração da personalidade jurídica. 4. O Código de Processo Civil é subsidiariamente aplicável às execuções fiscais (art. 1º da Lei nº 6.830/1980) apenas quando não houver conflito com a lei especial e, no caso de aplicação do incidente de desconsideração previsto no novo CPC, haveria dita incompatibilidade das normas. 5. A LEF exige garantia prévia do juízo, pela penhora, seguro garantia ou fiança bancária (art. 9º e art. 16, §1; e no art. 16, §3º), prevendo apenas as exceções de suspeição, incompetência e impedimento, deixando pouca margem para outras exceções. A defesa do executado fica concentrada nas ações de embargos, mandado de segurança, ação de 1 repetição de indébito e ação anulatória (art. 38 da LEF), bem como, por construção jurisprudencial e doutrinária, pela via excepcional da exceção de pré-executividade. 6. O incidente de desconsideração acaba por criar mais uma hipótese de suspensão do executivo, além daquela prevista no art. 40 da LEF, dificultando a recuperação do crédito exequendo. 7. O crédito público em execução tem natureza tributária e goza de proteção especial, de forma que a aplicação do incidente previsto nos arts. 133 a 137 do CPC/2015 aparenta ser incompatível com o rito das execuções fiscais, ao possibilitar de forma inédita a suspensão do processo e dilação probatória sem prévia e integral segurança do juízo. Precedente. 8. O pedido administrativo de reinclusão em parcelamento não é causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário. A discussão acerca da validade do parcelamento, se ocorreu antes ou depois do ajuizamento da execução fiscal e se a exclusão do programa foi ilegal demanda, evidentemente, dilação probatória, devendo ser deduzida no momento processual oportuno. 9. A parte executada não comprovou a vigência do parcelamento ou a sua reinclusão em nova modalidade. Logo, não há como conceder a suspensão da execução fiscal como pretendido. 10. Agravo de Instrumento desprovido.” (Agravo de Instrumento nº 0011112-75.2017.4.02.0000 - Órgão julgador: 3ª TURMA ESPECIALIZADA Data de decisão 12/04/2018 Data de disponibilização 16/04/2018 Relator MARCUS ABRAHAM)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - ART. 133, NCP. INAPLICABILIDADE. I - Responsabilidade tributária de sócios por débitos de contribuições previdenciárias, inscritos em dívida ativa e cobrados através de execução fiscal, que se submete a regras próprias e não se equipara a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. II - Inexigibilidade de instauração do procedimento previsto no art. 133 do NCP. Precedentes. III - Hipótese em que não cabe a esta Corte a análise da presença ou não dos requisitos ensejadores do redirecionamento da demanda aos sócios, sob pena de interdita supressão de instância, cabendo ao magistrado “a quo” tal análise IV - Agravo de instrumento conhecido em parte e, na parte conhecida, provido.” (AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 0002057-73.2017.4.03.0000. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA – Data do Julgamento 07/11/2017 Data da Publicação/Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/01/2018).

A segunda turma do STJ, na sessão de 9 de maio de 2019, por decisão unanime, nos autos do REsp 1.786.311/PR, com relatoria do Ministro Francisco Falcão, decidiu que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica

(IDPJ) é incompatível com o processo de execução fiscal, conforme versa parte do julgado:

EMENTA: REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA.

(...)

IV - A previsão constante no art. 134, caput, do CPC/2015, sobre o cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, na execução fundada em título executivo extrajudicial, não implica a incidência do incidente na execução fiscal regida pela Lei n. 6.830/1980, verificando-se verdadeira incompatibilidade entre o regime geral do Código de Processo Civil e a Lei de Execuções, que diversamente da Lei geral, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015.

Na execução fiscal “a aplicação do CPC é subsidiária, ou seja, fica reservada para as situações em que as referidas leis são silentes e no que com elas compatível” (REsp n. 1.431.155/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/5/2014).

V - Evidenciadas as situações previstas nos arts. 124, 133 e 135, todos do CTN, não se apresenta impositiva a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, podendo o julgador determinar diretamente o redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar a sociedade na sucessão empresarial. Seria contraditório afastar a instauração do incidente para atingir os sócios-administradores (art. 135, III, do CTN), mas exigi-la para mirar pessoas jurídicas que constituem grupos econômicos para blindar o patrimônio em comum, sendo que nas duas hipóteses há responsabilidade por atuação irregular, em descumprimento das obrigações tributárias, não havendo que se falar em desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta pelo ilícito.

VI - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (Negritamos e sublinhamos)

Neste julgado é importante destacar interessante passagem do voto do Ministro relator sobre como o STJ vem firmando a sua jurisprudência sobre o tema em comento, nas seguintes palavras: “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está se assentando no sentido de ser desnecessária a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (artigos 133 e seguintes do CPC/2015) para se proceder ao redirecionamento da execução da pessoa jurídica em face dos sócios-administradores”. Continua o Ministro: “A desnecessidade de instauração do incidente de desconsideração para o redirecionamento em face dos sócios deve atrair a mesma conclusão ao redirecionamento em face de outra pessoa jurídica quando se evidenciam práticas comuns ou conjunta do fato gerador ou confusão patrimonial”.

No que tange à aplicabilidade do incidente de desconsideração da

personalidade jurídica no âmbito dos executivos fiscais, o Ministro Relator asseverou o seguinte: “Não há, contudo, fundamento jurídico para a obrigatoriedade da instauração desse incidente”. O Ministro motivo sua afirmação consignando que “Pelo princípio da especialidade, a previsão na lei geral – Código de Processo Civil – da hipótese de cabimento do incidente de desconsideração na execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 134, caput, CPC/2015) não implica sua incidência automática em execução de título extrajudicial regulada por lei especial, como no caso da execução fiscal, regida pela Lei n. 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal)”.

Finaliza o voto asseverando que “Assim, verifica-se que, do ponto de vista prático da cobrança do crédito tributário, a exigência de instauração do incidente de desconsideração dificultaria a persecução de bens do devedor e facilitaria a dilapidação patrimonial, além de transferir à Fazenda Pública o ônus desproporcional de ajuizar medidas cautelares fiscais e tutelas provisórias de urgência para evitar os prejuízos decorrentes do risco que se colocaria à satisfação do crédito”.

Este julgado é paradigmático e demonstra o caminho que a Corte (STJ) adotará no que tange à inaplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das execuções fiscais.

4.3 A desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do processo administrativo tributário

Parte da doutrina⁴⁴ entende que o CTN também contempla a desconsideração da personalidade jurídica. O STJ já firmou o entendimento de que, em matéria tributária, a desconsideração da personalidade jurídica encontra fulcro nos artigos 134 e 135 do CTN. Nesta esteira, Castro⁴⁵ defende que desconsideração da personalidade jurídica nos ramos do direito privado pode e deve ser aproveitado no âmbito do direito tributário, já familiarizado, embora parcialmente, com a prática. Portanto, o artigo 50 do novo Código Civil (alterado pela MP 881/2019) assegura à possibilidade de se afastar a personalidade jurídica quando esta pretender a proteção indevida de patrimônios individuais em detrimento do Fisco.

Na mesma esteira, Paulsen⁴⁶ sustenta que a desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicada na seara do Direito Tributário, asseverando que: “A dissolução irregular tem sido considerada como causa para o redirecionamento porque se presume, em tal caso, a confusão de patrimônios, com locupletamento dos sócios. Não seria o caso, contudo, de invocação do art. 135, III, do CTN,

44. MARTINS DE FREITAS, Elizabeth Cristina Campos. **Desconsideração da personalidade jurídica** – análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2002, p. 73.

45. CASTRO, Aldemario Araújo. Aplicação no Direito Tributário da desconsideração da personalidade jurídica prevista no novo Código Civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1497, 7 ago. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10234>. Acesso em 15 jul. 2019.

46. PAULSEN, Leandro. **Contribuições: custeio da seguridade social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 60.

porquanto o crédito tributário não decorre da dissolução irregular. Mais pertinente é o art. 50 do Código Civil de 2002: ‘Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.’”

Entretanto, há quem não concorde com tal assertiva. Regina Helena Costa⁴⁷ sintetiza bem esta posição, argumentando que a situação retratada pelo CTN se subsume melhor com a responsabilidade pessoal dos administradores que agem dolosamente com excesso de poderes ou infração de lei, estatutos ou contrato social, situação que não se confunde com a desconsideração da personalidade jurídica, posto que, na situação elencada no CTN, inexistente qualquer entrave à autonomia patrimonial ou à limitação da responsabilidade dos sócios. Não há nenhuma barreira à responsabilização direta dos administradores, gerentes, diretores, prepostos da pessoa jurídica. Para esta última corrente, o CTN traz uma norma expressa de exceção ao dispor sobre a responsabilidade direta de terceiros.

Noutro giro, cumpre consignar que a Lei Complementar 104/2001, dentre outras coisas, enxertou um parágrafo único⁴⁸ no artigo 116 do CTN, permitindo que a Administração Fazendária desconsidere (e não, anule) a forma jurídica de atos ou negócios praticados com fraude à lei e com clara intenção de sonegação fiscal. Assim, tem-se que a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação.

Desta feita, existe entendimento no STJ⁴⁹ no sentido de se fazer uma analogia entre a aludida regra do CTN e a desconsideração da pessoa jurídica pela Administração Pública como meio de combate à fraude e ao abuso de direito, na seara administrativo-fiscal.

O entendimento esposado pela corrente que confere à Administração Fazendária a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica com fulcro no parágrafo único do artigo 116 do CTN, é motivado, analogamente, como um meio de garantir à Administração Pública um mecanismo eficaz de combate à fraude e a

47. COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 223.

48. Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

49. A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. - Recurso a que se nega provimento. (STJ. RMS 15166/BA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 262). Na mesma linha, os julgados: STJ - Agravo Regimental no Recurso Especial AgRg no REsp 1335659/SP 2012/0154509-6 e STJ. Recurso Especial nº 981.108 - SP (2007/0200723-3).

sonegação fiscal.

Entendem que, ainda que não haja previsão legal expressa, é possível que a Administração Fazendária, por intermédio de autoridade administrativa, desconsidere a personalidade jurídica de uma sociedade constituída em fraude à lei e/ou com abuso de forma, sem a necessidade de ordem judicial para tanto, em homenagem ao princípio da indisponibilidade do interesse público e da autoexecutoriedade dos atos administrativos, desde que se observe o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, conforme dispõe o artigo 5º, LIV e LV da Carta de 1988.

Diógenes Gasparini⁵⁰, versando sobre a aplicabilidade da *disregard* no Direito Administrativo, asseverou o seguinte: “Cuidando-se, como vimos, de instituto que se afeiçoa a qualquer ramo do Direito, por certo essa doutrina se aplica ao Direito Administrativo, sempre que se configurar a hipótese de abuso no manejo da personalidade jurídica que se caracteriza pelo desvio de finalidade, pela confusão patrimonial, pela utilização excessiva da forma e pela prática de fraude. Em suma: em todas as situações em que o uso arbitrário ou fraudulento da pessoa jurídica violar de algum modo o interesse público”.

Noutras palavras, independente da ocasião, sempre que o instituto da pessoa jurídica for manipulado de má-fé, seja por fraude, abuso de direito ou até mesmo desvio de função contratual, a desconsideração da pessoa jurídica, poderia ser aplicado pela autoridade administrativa fazendária, surgindo, assim, como meio eficiente para fazer cessar a lesão contra a Administração Pública. Para essa parcela da doutrina, inadmitir a *disregard doctrine* nesses casos seria aceitar que o Direito tutelasse o uso abusivo de um instituto jurídico.

Assim, a decretação da *disregard doctrine* nas relações em que a Administração Pública atua, desde que preenchidos os seus requisitos autorizadores, está sob a égide da legalidade administrativa inserta no artigo 37 da Carta de 1988. Neste ponto a legalidade ganharia contornos de juridicidade.

A doutrina que entende pela aplicabilidade da *disregard doctrine* na seara administrativa, sintetiza seus argumentos, conforme as afirmações de Gasparini⁵¹, para quem os princípios constitucionais da moralidade administrativa, da supremacia do interesse público, da indisponibilidade do interesse público, do dever-poder de agir, da eficiência, dentre outros, juntamente com o da legalidade (juridicidade), legitima a *disregard doctrine* no Direito Administrativo, desde que observado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Dessa forma, seria viável desconsiderar a personalidade jurídica no âmbito

50. GASPARINI, Diógenes. Desconsideração administrativa da pessoa jurídica. In: Coluna Jurídica da Administração Pública. 2006. Disponível em: http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_5_8_06.pdf. Acesso em 17 jul. 2019.

51. GASPARINI, Diógenes. Desconsideração administrativa da pessoa jurídica. In: Coluna Jurídica da Administração Pública. 2006. Disponível em: http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_5_8_06.pdf. Acesso em 17 jul. 2019.

do processo administrativo tributário. Todavia, outra parte da doutrina⁵² tem forte resistência a essa possibilidade, sob os argumentos de que a identificação da *disregard doctrine* no parágrafo único do artigo 116 do CTN não possui regulamentação no ordenamento jurídico e de que a desconsideração da personalidade jurídica, no ordenamento pátrio, somente deve ser determinada por autoridade judicial.

Edna Santiago⁵³ sustenta que o parágrafo único do artigo 116 do CTN estabelece a possibilidade de não serem consideradas “as formas como os sujeitos passivos da relação tributária realizaram seus atos e negócios jurídicos”. Compreendendo-se, assim, que não se trataria da superação do princípio da separação patrimonial entre a pessoa jurídica e os sócios ou administradores, para a aplicação da responsabilidade tributária a estes.

Já Nádia Ferreira⁵⁴ assevera que o parágrafo único do artigo 116 do CTN não pode ser aplicado de forma independente, posto que não se encontra em seu bojo critérios a serem observados pela autoridade fiscal para utilizar a desconsideração. Para ela, deve ocorrer a interpretação conjunta do mencionado dispositivo do CTN com o artigo 50 do Código Civil (alterado pela MP 881/2019), o que seria a forma mais coerente de se aplicar a *disregard doctrine* no Direito Tributário, posto que se asseguraria que o agente fiscal observaria os elementos caracterizadores do abuso da personalidade jurídica, ensejadores da desconsideração.

Quanto ao entendimento de que a desconsideração da personalidade jurídica, no ordenamento pátrio, somente deve ser determinada por autoridade judicial, cumpre fundamentalmente consignar que o Ministro Celso de Mello, ao analisar o pedido liminar deduzido no Mandado de Segurança nº 32494/DF, o concedeu para impedir que o TCU desconsiderasse a personalidade jurídica do jurisdicionado impetrante, conforme parte da decisão:

EMENTA: **PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E DESCONSIDERAÇÃO EXPANSIVA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. “DISREGARD DOCTRINE” E RESERVA DE JURISDIÇÃO: EXAME DA POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MEDIANTE ATO PRÓPRIO, AGINDO “PRO DOMO SUA”, DESCONSIDERAR A PERSONALIDADE CIVIL DA EMPRESA, EM ORDEM A COIBIR SITUAÇÕES CONFIGURADORAS DE ABUSO DE DIREITO OU DE FRAUDE.** A COMPETÊNCIA INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A DOUTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. **INDISPENSABILIDADE, OU NÃO, DE LEI QUE VIABILIZE A INCIDÊNCIA DA TÉCNICA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM SEDE ADMINISTRATIVA.** A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: **SUPERAÇÃO DE PARADIGMA TEÓRICO FUNDADO NA**

52. É possível sintetizar essa vertente doutrinária em: PAMPLONA, Gustavo Moreira. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a execução fiscal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 147 – 148.

53. SANTIAGO, Edna Ribeiro. Desconsideração da personalidade jurídica no Direito Tributário. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5015&g... Acesso em 15 jul. 2019.

54. FERREIRA, Nádia Arnaud Pereira. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Tributário: Estudo sobre sua aplicabilidade. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 84, jan. 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8908&g... Acesso em 15 jul. 2019.

DOCTRINA TRADICIONAL? O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: VALOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, CONDICIONANTE DA LEGITIMIDADE E DA VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS. O ADVENTO DA LEI N° 12.846/2013 (ART. 5º, IV, “e”, E ART. 14), AINDA EM PERÍODO DE “VACATIO LEGIS”. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O POSTULADO DA INTRANSCENDÊNCIA DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MAGISTÉRIO DA DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO CAUTELAR E CONFIGURAÇÃO DO “PERICULUM IN MORA”. **MEDIDA LIMINAR DEFERIDA.**

(...)

Ocorre, no entanto, que razões de prudência e o reconhecimento da plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte impetrante impõem que se outorgue, na espécie, a pretendida tutela cautelar, **seja porque esta Suprema Corte ainda não se pronunciou sobre a validade da aplicação da “disregard doctrine” no âmbito dos procedimentos administrativos, seja porque há eminentes doutrinadores, apoiados na cláusula constitucional da reserva de jurisdição, que entendem imprescindível a existência de ato jurisdicional para legitimar a desconsideração da personalidade jurídica (o que tornaria inadmissível a utilização dessa técnica por órgãos e Tribunais administrativos), seja porque se mostra relevante examinar o tema da desconsideração expansiva da personalidade civil em face do princípio da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos, seja, ainda, porque assume significativa importância o debate em torno da possibilidade de utilização da “disregard doctrine”, pela própria Administração Pública, agindo “pro domo sua”, examinada essa específica questão na perspectiva do princípio da legalidade.**

Sendo assim, em sede de estrita deliberação, e sem prejuízo de ulterior reexame da pretensão mandamental deduzida na presente causa, defiro o pedido de medida liminar, para suspender, cautelarmente, a eficácia do item 9.4 do Acórdão n° 2.593/2013 do Plenário do E. Tribunal de Contas da União. (Negritamos e sublinhamos)

Da decisão acima elencada é possível depreender que: i) o Pretório Excelso ainda não decidiu sobre a validade da aplicação da *disregard doctrine* no âmbito dos procedimentos administrativos; ii) parte da doutrina de escol entende pela imprescindibilidade da existência de ato jurisdicional para legitimar a desconsideração da personalidade jurídica, o que tornaria inadmissível a utilização dessa técnica por órgãos e tribunais administrativos; iii) a discussão também terá como um de seus pontos nodais a discussão sobre a indispensabilidade, ou não, de lei que viabilize a incidência da técnica da desconsideração da personalidade jurídica na seara administrativa; e iv) haverá, ou não, a superação de paradigma teórico fundado na doutrina tradicional, levando-se em conta valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico?

Ainda não se sabe qual a tendência do STF, mas, segundo as percepções deste autor, seria um avanço permitir que a técnica da desconsideração da personalidade jurídica fosse aplicada na seara administrativa, em especial, na administrativo-fiscal. Isto porque a própria ação de execução fiscal (onde este

trabalho analisa a possibilidade de aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica) se caracteriza numa função atípica do Poder Judiciário, que lá funciona como uma espécie de *longa manus* do Poder Executivo, na busca pela satisfação do crédito fazendário. Ademais, a legislação pátria, cada vez mais, vem dotando as autoridades administrativo-fiscais de instrumentos capazes de forçar o adimplemento do crédito tributário. Como exemplo disto, é possível citar a averbação pré-executória, trazida pela Lei nº 13.606, de 9 de janeiro de 2018, que acresceu os artigos 20-B, 20-C, 20-D e 20-E na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Com efeito, o ordenamento jurídico caminha a passos largos para a desjudicialização da cobrança dos créditos tributários e não tributários regularmente inscritos em dívida ativa. Desta forma, admitir que a *disregard doctrine* não possa ser aplicada na seara administrativo-fiscal é retroceder na busca por: estabelecer uma jurisdição administrativa no Brasil; desafogar o Judiciário; dar efetividade, eficácia e eficiência na prestação jurisdicional; e, em última análise, constitucionalizar o processo (atribuindo jurisdição à determinados órgãos da Administração).

4.4 As alterações introduzidas pela MP 881/2019

Antes da Medida Provisória 881/2019, o artigo 50 do Código Civil tratava de forma mais genérica sobre a extensão dos efeitos de certas obrigações em relação aos bens particulares de sócios e administradores, sem mencionar expressamente a desconconsideração da personalidade jurídica.

Por exemplo, a jurisprudência já havia sedimentado entendimento de que a existência de grupo econômico era motivo suficiente para autorizar a desconconsideração da personalidade jurídica.

Entretanto, com a referenciada medida provisória, o artigo 50 do CC passou a prever, em seu parágrafo 4º, que a simples existência de grupo econômico não enseja a desconconsideração da personalidade jurídica. Os que defendem o empreendedorismo asseveram que tal inserção é importante, pois visa aumentar a segurança jurídica das empresas que integram grupos econômicos, que, por vezes, são responsabilizadas pelo simples fato de fazerem parte de um mesmo grupo e sem a devida observância dos requisitos legais para a desconconsideração da personalidade jurídica.

Cinco parágrafos foram acrescentados ao artigo 50 do Código Civil. Os novos dispositivos esclarecem temas que vão desde o desvio de finalidade da pessoa jurídica, confusão patrimonial, até desconconsideração inversa da personalidade jurídica e grupo econômico. A MP 881/2019, em verdade, em sua maior porção, positivou entendimentos já sedimentados pela doutrina e jurisprudência.

No que tange aos aspectos imobiliários, a MP 881/2019 determina que para

caracterizar a descon sideração da personalidade jurídica deverão ser considerados, quando da aquisição de imóveis pertencentes a sociedades de propósito específico ou sociedades que, de forma geral, possam fazer parte de grupos econômicos em situação de crise ou reestruturação de débitos, mas que, por si só, não representam um risco ao adquirente.

Mas o que realmente chama atenção na MP 881/2019 foram as alterações introduzidas no artigo 50 do Código Civil para definir os conceitos de “abuso de personalidade”, “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial”, os quais, diga-se, já eram definidos e estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência. Vale a transcrição da nova redação:

Art. 7º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, descon siderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

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

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

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

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no caput e nos § 1º e § 2º também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput não autoriza a descon sideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. ” (NR)

Com efeito, ao introduzir essas alterações, o Poder Executivo reduzir sobremaneira o grau de discricionariedade dos magistrados acerca do tema, o que, de certo modo, acaba por reduzir a imprevisão e o chamado “risco Brasil”.

Assim, para as relações de Direito Civil/Comercial em geral, as alterações

introduzidas no artigo 50 do Código Civil são oportunas e, de fato, diminuirão a discricionariedade a respeito da desconsideração da personalidade jurídica.

4.5 O prazo prescricional para redirecionar a execução fiscal

Antes que seja explanado o mérito da questão, é importante consignar que o Ministro Herman Benjamin (relator), nos autos do Recurso Especial nº 1.201.993, interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, determinou a suspensão do julgamento dos recursos especiais sobre a matéria distribuídos a ele, e, em razão da multiplicidade de recursos que cuidam do tema – isto é, prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal, no prazo de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica –, submeteu os autos ao julgamento da 1ª Seção, na forma do art. 543-C do CPC e do art. 2º, § 2º, da Resolução-STJ 8/2008. Tal Resp. aguarda julgamento.

O referenciado Recurso Especial foi interposto contra acórdão assim ementado:

EXECUÇÃO FISCAL. Sócios-gerentes. Responsabilidade solidária. CTN, art. 135. Prescrição. LF nº 8.630/80. CTN, art. 174, § único, inciso I. 1. Exceção de pré-executividade. Prescrição. A prescrição, se demonstrada de plano, pode ser arguida na execução. STJ, ERE nº 388.000-RS, 1ª Seção, Rei José Delgado. REsp nº 769.152-RS, 2ª Turma, 24-10-2006, Rei João Otávio de Noronha. - 2. Responsabilidade solidária. A Jurisprudência admite a inclusão do sócio como responsável solidária em caso de dissolução irregular da sociedade e em determinadas situações de fato. Pedido de inclusão que, ante a dissolução irregular da empresa, tem esteio na lei. - 2. Prescrição. Actio nata. CTN, art. 174. CPC, art. 219, § 4o. LF nº 6.830/80, art. 8º, § 2º. Decurso superior a cinco anos entre a citação da devedora e a citação dos sócios. Princípio da actio nata. 3. **A pretensão da Fazenda de ver satisfeito seu crédito, ainda que por um pagamento a ser atendido pelo responsável tributário, nos termos do art. 135 do CTN, surge com o inadimplemento da dívida tributária após sua regular constituição. A teoria da actio nata não leva à conclusão de que a prescrição quanto ao sócio só teria início a partir do deferimento do pedido de redirecionamento da execução fiscal. 4. Não há que se falar no transcurso de um prazo prescricional em relação ao contribuinte e outro referente ao responsável do art. 135 do CTN. Ambos têm origem no inadimplemento da dívida e se interrompem, também conjuntamente, pelas causas previstas no art. 174 do CTN.** REsp nº 975.691-RS, 2ª Turma, 9-10-2007, Rei Castro Vieira. REsp nº 1.047.736-RS, STJ, 1ª Turma, 17-6-2008, Rei Teori Albino ZavasckL Citada a empresa em 1998, o direcionamento da execução contra os sócios em 2007 esbarra no decurso do prazo prescricional - Agravo desprovido (fl. 221, e-STJ).

Em razão da multiplicidade de recursos que cuidam do tema – isto é, prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal, no prazo de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica –, submeto os autos ao julgamento da 1ª Seção na forma do art. 543-C do CPC e do art. 2º, § 2º, da Resolução-STJ 8/2008. (Negritamos e sublinhamos)

Destarte, no mérito verifica-se que a questão gira entorno de se estabelecer o marco de onde se contará o prazo quinquenal prescricional para redirecionar a execução fiscal. As Fazendas (exequentes) pretende que o marco seja da data em

que ocorra o deferimento do pedido de redirecionamento da execução fiscal. Os sujeitos passivos (executados) sustentam que não há que se falar no transcurso de um prazo prescricional em relação ao contribuinte e outro referente ao responsável do art. 135 do CTN. Ambos têm origem no inadimplemento da dívida e se interrompem, também conjuntamente, pelas causas previstas no art. 174 do CTN. Os Tribunais de Justiça, a exemplo do de São Paulo, sobre o tema, têm decidido favoravelmente aos executados, o que nos parece acertado. O CTN, em seu artigo 174, somente prevê um marco, e somente um, para o início da contagem do prazo prescricional tributário, qual seja, a constituição definitiva do crédito tributário.

5 | CONCLUSÃO

O novel Código de Processo Civil inovou no ordenamento jurídico brasileiro ao positivar o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, com o desiderato de constitucionalizar o Direito Processual Pátrio, buscando levar a efeito princípios como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Existe forte controvérsia na doutrina tributária acerca da aplicabilidade ou não do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica para o redirecionamento de execuções fiscais.

Os enunciados dos fóruns de execuções fiscais das diversas associações de magistrados e a maior parte dos precedentes tendem a abarcar a tese da inaplicabilidade. O STF ainda não se posicionou sobre a validade da aplicação da *disregard doctrine* no âmbito dos procedimentos administrativos. Há forte divergência doutrinária sobre o tema. A 2ª Turma do STJ, em julgado de 9 de maio de 2019, decidiu que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (IDPJ) é incompatível com o processo de execução fiscal.

A MP 881/2019 positivou entendimentos já sedimentados pela doutrina e jurisprudência. Definiu os conceitos de “abuso de personalidade”, “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial”. Estabeleceu que a simples existência de grupo econômico não enseja a desconconsideração da personalidade jurídica. Assim, diminui a discricionariedade dos magistrados na aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica.

O Judiciário tem entendido que, quanto à prescrição para o redirecionamento de execução fiscal, não há que se falar no transcurso de um prazo prescricional em relação ao contribuinte e outro referente ao responsável do art. 135 do CTN. Ambos têm origem no inadimplemento da dívida e se interrompem, também conjuntamente, pelas causas previstas no art. 174 do CTN. Entretanto, a matéria ainda será analisada pelo STJ.

Portanto, a legislação pátria caminha a passos largos para a desjudicialização

das execuções fiscais, que já se consubstancia em função atípica do Poder Judiciário que, nestes casos, funciona como uma espécie de *longa manus* do Poder Executivo na persecução da receita derivada, tributária ou não, que por falta de pagamento tempestivo, tornou-se extra orçamentária e estocada em dívida ativa.

Assim, a desjudicialização seria uma boa medida para a solução do problema que aqui se apresenta, na medida em que a desconsideração da personalidade jurídica, se confirmada no âmbito do processo administrativo tributário, assegurará ao sujeito passivo ao devido processo legal, inclusive ampla defesa e contraditório – conforme dispõe o parágrafo único do artigo 116 do CTN – que é justamente o que se pleiteia no âmbito dos executivos fiscais, quando da desconsideração da personalidade jurídica.

Tal desjudicialização somente seria viável se o sistema jurídico pátrio fosse alterado para conferir ao julgador administrativo fiscal todos os pressupostos inerentes ao efetivo exercício da adjudicação (jurisdição) administrativa, insculpidos nas convenções internacionais de direitos humanos. Isto porque, em síntese, a jurisprudência caminha no sentido de afastar o artigo 134 do NCPD dos executivos fiscais, colocando-o distante de princípios intrinsecamente ligados ao processo e aos direitos fundamentais de conceitos fechados, tais como, ampla defesa e contraditório, em detrimento da “via larga” do interesse público, que reveste o título executivo extrajudicial fazendário. Buscam fundir, cada vez mais, coisas distintas, quais sejam, o interesse público e o interesse da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

AJUFE. FONEF: **Fórum Nacional de Execução Fiscal** – Compilado. Enunciado nº 20. S/d. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/images/compilados/enunciados/FONEF-enunciados.pdf>. Acesso em 15 abr. 2019.

ALVES, Ítalo Miqueias da Silva. **A personalidade jurídica no Direito Civil**. Artigos JusBrasil. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61828/a-personalidade-juridica-no-direito-civil>. Acesso em 16 jul. 2019.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ASSUMPÇÃO ALVES, Alexandre Ferreira de. NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon (coordenadores). **Temas de Direito Civil** – Empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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, 11 jan. 2002.

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 21 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Enunciado nº 430** da súmula de jurisprudência. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_41_capSumula430.pdf.

Acesso em 31 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. Nº1340025/ES. Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DF, 04 set.2012. Publicação: DJe 12/09/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1.110.925&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em 31 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 393**. A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_36_capSumula393.pdf. Acesso em 31 mar. 2019.

CASTRO, Aldemario Araújo. Aplicação no Direito Tributário da desconsideração da personalidade jurídica prevista no novo Código Civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1497, 7 ago. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10234>. Acesso em 15 jul. 2019.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**, Vol. 2. 14ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo: 2010.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ENFAM. Enunciado nº 53, formulado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em 15 abr. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERREIRA, Nádia Arnaud Pereira. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Tributário: Estudo sobre sua aplicabilidade. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan. 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8908&g. Acesso em 15 jul. 2019.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2010.

FOREXEC. Fórum de Execuções Fiscais. **Os impactos do novo Código de Processo Civil da execução fiscal**: Enunciado nº 6. 2015. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/10/enunciadosforexec2015.pdf>. Acesso em 15 abr. 2019.

FRANCESCHET, Júlio César. **Pessoa jurídica e direitos da personalidade**. In: ASSUMPÇÃO ALVES, Alexandre Ferreira de. NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon (coordenadores). *Temas de Direito Civil – Empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Desconsideração administrativa da pessoa jurídica**. In: *Coluna Jurídica da Administração Pública*. 2006. Disponível em: http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_5_8_06.pdf. Acesso em 17 jul. 2019.

JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17 ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard**

doctrine) e os grupos de empresas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (Disregard doctrine) e os grupos de empresas.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LOPES, Mauro Luís Rocha. **Processo Judicial Tributário, execução fiscal e ações tributárias,** 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARTINS DE FREITAS, Elizabeth Cristina Campos. **Desconsideração da personalidade jurídica – análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil.** São Paulo: Atlas, 2002.

NEGRI, Sérgio Marcos C. de A. **Repensando a Disregard Doctrine:** justiça, segurança e eficiência na desconsideração da personalidade jurídica. In: ASSUMPTÃO ALVES, Alexandre Ferreira de. NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon (Coord.). **Temas de Direito Civil – Empresarial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PAMPLONA, Gustavo Moreira. **O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a execução fiscal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PAULSEN, Leandro. **Contribuições:** custeio da seguridade social. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo,** 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado.** 6ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SANTIAGO, Edna Ribeiro. Desconsideração da personalidade jurídica no Direito Tributário. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5015&g. Acesso em 15 jul. 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** São Paulo: Método, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** Lei de Introdução e parte geral – 14. ed rev. atual. apl. v.1 – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **Soluções Práticas de Direito – Pareceres,** vol. III, Empresa e Atividade Negocial. Rio de Janeiro: RT, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal:** comentários e jurisprudência, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário.** 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIREITOS REPRODUTIVOS DA MULHER NO ROMANCE DISTÓPICO CONTO DA AIA DE MARGARET ATWOOD

Data de aceite: 23/03/2020

Letícia dos Santos Sousa

Bacharel em Direito - UNIFSA, Advogada,
Pós-Graduanda em Direito do Trabalho e
Previdenciário.

Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA

Trabalho apresentado no Congresso Brasileiro Ciência e Sociedade (CBCS 2019), promovido pelo Centro Universitário Santo Agostinho, de 03 a 05 de outubro de 2019, em Teresina-PI.

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de mostrar a importância do debate a respeito dos direitos reprodutivos em consonância com o Conto da Aia, narrativa feita pela escritora canadense Margaret Atwood, oferecendo uma obra distópica, de uma comunidade que passa a adotar fundamentos religiosos, consistindo na justificativa para a instauração de um Regime Totalitário, cerceando as liberdades individuais, principalmente do público feminino. A fertilidade entra em discussão atingindo diretamente a questão da procriação da raça humana. As mulheres férteis são definidas como Aias, responsáveis pelo prosseguimento da humanidade, intentando ao debate das políticas contemporâneas em prol dos direitos

reprodutivos femininos. Portanto o presente artigo encarna a discussão a respeito dos direitos reprodutivos que continuam sendo violados em nossa sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Reprodutivos. Conto da Aia. Reprodução.

INTRODUÇÃO

A previsão legal dos direitos reprodutivos não é o bastante para garantir a proteção das mulheres ao redor do mundo. A exemplo disso, Teles faz alusão a episódios alarmantes de desrespeito dos direitos humanos das mulheres pelo mundo:

Na Argentina, estima-se que ocorrem 6 mil estupros por ano; 300 chegam à Justiça e menos de 10% dos criminosos são condenados. Em Uganda, devido à crença de que as mulheres adolescentes transmitem menos Aids que as adultas, a taxa de contaminação pelo HIV entre elas é seis vezes maior que entre os rapazes. No Egito e em outros países do Oriente Médio e África, ainda mutilam-se adolescentes, amputando-lhes o clitóris para reduzir o desejo e o prazer sexual. Em nome da tradição e cultura, já chegam a 100 milhões de mulheres de 26 países africanos com órgãos sexuais mutilados. A cada ano, mais de 2 milhões de mulheres sofrem mutilações nesses países. (TELES, 2007, p.65)

A problemática do presente artigo se substancia na violação direta e recorrente dos Direitos Reprodutivos das Mulheres, associando-se à desigualdade de gênero existente. No que tange ao desrespeito aos fatores que cerceiam a concepção feminina, insere-se a necessidade de tal classe de direitos integrar o contexto dos Direitos Humanos, tornando-se uma matéria interdisciplinar que abrange questões de saúde, econômicas e ambientais.

Os direitos reprodutivos femininos se apresentam como o direito de livre escolha sobre a quantidade, a periodicidade e o momento para concepção dos filhos, além da conscientização, tornando-se uma das principais extensões da vida de uma mulher. Dito isto, se torna mais eficiente o estímulo ao debate acerca de temáticas como: aborto, homoafetividade, concepção, contracepção e mortalidade materna, que possuem pouca voz no arcabouço jurídico.

As maiores dificuldades, no combate à ineficiência dos direitos reprodutivos da mulher, concentram-se nos aspectos morais e culturais. Sendo relevante que haja discussões que ultrapassem o viés biológico e adentrem ao conveniente a todos, fomentando a escolha saudável em prol do próprio corpo e conseqüentemente das decisões na esfera privada de cada um. Proporcionando à mulher o lugar de fala e a independência que tanto almeja ao longo dos anos, principalmente em termos reprodutivos, que permanecem em padrões de extrema submissão feminina.

Para maior demonstração da temática é imprescindível recorrer a disciplina Direito e Literatura, sendo alicerce para o desenvolvimento de temáticas que o ordenamento jurídico não alcança. Diante do exposto, é possível averiguar que o uso da interpretação forense cumulado com o escólio literário, podem desembaraçar a absorção da própria lei. (DWORKIN, 2005).

Na mesma concepção, Arnaldo Godoy observa:

O estudo do direito na literatura mostra-se marcado por formulações pragmáticas. Justifica-se por percepções que dão conta de que o profissional do direito colheria, na literatura manancial de exemplos, indicações de efeito retórico, tinturas de cultura, demãos de generalidade sistêmica. O jurista conhecedor da literatura seria íntimo com os problemas da alma humana; na linha da advertência de Terêncio, para quem tudo fosse humano não lhe seria estranho. É o caso do advogado do júri, prenhe de exemplos tomados da literatura, que busca efeito retórico, pedagógico, e que simula cultura que impressiona, que seduz, e que comprova trajetória humanista; mas nem sempre te humanizam. A prática infelizmente nos indica o abuso, o histriônico, o risível, e a própria literatura nacional flagra essas instâncias, de modo mordaz. (GODOY, 2008, p. 10)

Neste sentido cabe ao Conto da Aia, de Margaret Atwood, despertar reflexões em torno do segmento reprodutivo das mulheres. A obra retrata um futuro iminente, no qual traz a chamada “distopia”, que atribui um grande estado de privação ou antítese da utopia, tornando próximo os acontecimentos relatados.

A narrativa retrata a instituição de um governo pouco humanista, classificado como autoritário e cristão, denominado Filhos de Jacó, no qual fundam a República

de Gilead no lugar dos Estados Unidos da América.

A ideia central funda-se na necessidade de procriação, concentrada nos baixos de natalidade, influenciados por danos ambientais, guerras e saúde pública, tornando muitas mulheres inférteis. As mulheres férteis que restavam, deviam se submeter ao atual governo, para manter a existência da humanidade, devido as circunstâncias extremas daquele cenário.

O público feminino é retratado perdendo seus direitos fundamentais, e sendo dividido em castas, nas quais tinham por base a capacidade fecunda de cada mulher. As principais categorias são: As Aias, mulheres férteis, solteiras e viúvas, com a missão de gerar filhos, para o Comandante e sua Esposa, que pertenciam ao governo recém instituído. As Esposas, mulheres acometidas pela infertilidade e que exerciam sua maternidade com o auxílio da “barriga de aluguel” de suas Aias. As Tias, que tinham o papel de orientadoras no treinamento das Aias, induzindo-as a acreditar na nobreza de sua função. As Martas, que detinham a função doméstica na residência dos Comandantes e suas Esposas, já que não podiam mais contribuir no aspecto da fertilidade. As Não Mulheres, seriam aquelas que não se encaixavam no padrão posto pelo governo e por isso não recebiam sua aprovação em virtude de suas posições ideológicas, sexuais e sociais, e assim ficavam condenadas a viver em “campos de concentração”.

A personagem chave que constantemente impulsiona a percepção sobre os direitos reprodutivos das mulheres, é Offred, Aia, que compõe um ritual grotesco e repugnante, chamado de “A Cerimônia”, no qual se obrigava a manutenção de relações sexuais com o Comandante, na presença de sua esposa. Tornando-se um ato de violência mútua de direitos e garantias fundamentais, tanto na esfera da Aia, como da Esposa do Comandante.

Minha saia vermelha é puxada para cima até minha cintura, mas não acima disso. Abaixo dela o Comandante está fodendo. O que ele está fodendo é a parte inferior de meu corpo. Não digo fazendo amor, porque não é o que ele está fazendo. Copular também seria inadequado porque teria como pressuposto duas pessoas e apenas uma está envolvida. Tampouco estupro descreve o ato: nada está acontecendo aqui que eu não tenha concordado formalmente em fazer. (ATWOOD, 2006, p. 117)

Ao longo da narrativa, percebe-se o quanto as Aias perdem a liberdade sobre suas vidas e seu próprio corpo, tendo sua vida completamente voltada para reprodução e manutenção do crescimento populacional. No que tange a individualidade, as Aias, demonstram o quanto foram anuladas em sociedade para o cumprimento de suas obrigações.

Meu nome não é Offred, tenho outro nome que ninguém usa porque é proibido. Digo a mim mesma que isso não tem importância, seu nome é como o número de seu telefone, útil apenas para os outros; mas o que digo a mim mesma está errado, tem importância sim. Mantenho o conhecimento desse nome como

algo escondido, algum tesouro que voltarei para escavar e buscar, algum dia. (ATWOOD, 2006, p. 105)

Em seu enredo, o Conto da Aia, procura mostrar os extremos que o controle estatal atinge para a manutenção do bem comum, tornando a discussão a respeito dos direitos reprodutivos necessária para fins de dignidade da pessoa humana e seus reflexos na coletividade. Além da urgência em reconhecer que os direitos que rodeiam a fertilidade, possuem grande importância na seara nos direitos humanos e suas respectivas extensões.

O reconhecimento dos direitos reprodutivos como direitos humanos constitui-se em princípio fundamental para a reconstrução do discurso de direitos. Com esse reconhecimento, diferenças de gênero, geração, classe, cultura e outras passam a ser consideradas, ao mesmo tempo em que são reconhecidas as necessidades sociais. A partir daí, são gerados instrumentos políticos e normativos com o objetivo de intervir no grave quadro de desigualdades e permitir o exercício e acesso igualitário dos direitos reconhecidos por todos. (VENTURA, 2004, p.21)

O presente escrito procura expor sobre a tônica dos direitos reprodutivos como referência ao Conto da Aia, primando pelo incentivo ao debate e a contemplação da esfera feminina perante seus direitos reprodutivos.

METODOLOGIA

O respectivo artigo utilizou-se da obra literária Conto da Aia, da autora canadense Margareth Atwood, no qual tornou rico o embasamento acerca da importância dos Direitos Reprodutivos da Mulher. Tendo por base trechos do livro no qual se destacam a violação direta aos direitos defendidos neste trabalho.

No que concerne ao teor científico, foi realizada a leitura de outros artigos que possuíam temas relacionados ao teor deste trabalho para a maior absorção de informações concernentes ao campo jurídico e literário. Além do que foi relatado, analisou-se as notícias no contexto real, reforçando a explícita necessidade do estudo do assunto e sua latente face negativa em nossa sociedade.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

É importante salutar que a utilização da Literatura no âmbito jurídico, amplia o alcance dos estudantes e pesquisadores do Direito, aproximando de forma sensível as normas como contexto social contemporâneo. Destaca-se como um grande resultado, a realização de debates das temáticas em torno do contexto reprodutivo, conseqüentemente tornando a decisão sobre seus aspectos reprodutivos, mais sensatas e seguras, de forma geral.

Em âmbito de discussões, se demonstra urgente o debate e conhecimento

acerca da temática principal deste artigo e a inclusão de um viés mais humanitário ao Direito, sendo este constituído pelas evoluções sociais, sendo assim pertinente a sua aproximação para maior compreensão dos fenómenos coletivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS/CONCLUSÕES

Por toda extensão histórica, as mulheres têm convivido com a repressão e subordinação, tanto fisicamente como psicologicamente, tendo sentenciada a escolha de ter ou não filhos. A reprodução se substancia completamente na independência da escolha dos fins conceptivos, garantindo conseqüentemente a satisfação individual de cada indivíduo.

É de suma importância reconhecer a liberdade que cada um possui sobre si, sendo de maneira privativa a decisão sobre os aspectos que envolvem sua existência, inexistindo restrição legal sobre um instituto biológico, a gênese humana. Nenhum instituto governamental pode ditar ou interferir na maneira de viver de cada cidadão. Posto isso, afina-se a necessidade destes questionamentos frente a todos, pelo fato dos eles se relacionarem ao bem-estar de todos.

O Estado deve assegurar os exercícios dos direitos fundamentais e dos seus respectivos deveres, além de poder colaborar com dispositivos legais que possam abranger de maneira completa as necessidades e estigmas femininos, personificando-se em maior comprometimento com serviços essenciais ligados à temática reprodutiva.

REFERÊNCIAS

ATWOOD, Margaret. **O conto da Aia**. Rio de Janeiro: Rocco, 2006, 367p.

BARBOSA, R.M.; PARKER, R. (Org). **Sexualidades pelo avesso: direitos, identidades e poder**. Rio de Janeiro: IMS/UERJ; São Paulo: Editora 34, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e Literatura: Ensaio de Síntese Teórica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

PETCHESKY, R.P. Direitos sexuais: um novo conceito na prática política internacional. In:

TELES, Maria Amélia de Almeida. **O que são direitos humanos das mulheres**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

VENTURA, MIRIAM. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 2.^a. ed. BRASÍLIA: UNFPA - Fundo de População das Nações Unidas, 2004. v. 01. 196p

ELITIZAÇÃO, EXCLUSÃO E VIOLÊNCIA NOS ESTÁDIOS

Data de aceite: 23/03/2020

Data de submissão: 02/01/2020

Luiz Felipe Rosolen Ferro

Universidade Presbiteriana Mackenzie
Campinas-SP
luizfelipeferro@outlook.com

Antonio Isidoro Piacentin

Universidade Presbiteriana Mackenzie
Campinas-SP
antonio.piacentin@mackenzie.br

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0549876146757313>

RESUMO: O futebol esporte amado pelo brasileiro, tem refletido os problemas sociais do Brasil, dentre eles a exclusão, uma vez que as classes sociais de baixa renda perderam espaço nos estádios devido a modernização, e a violência. A questão social da violência e exclusão do país é refletida nos estádios também, com brigas, ofensas e outras manifestações. A Pesquisa tem a intenção de mostrar a realidade dos estádios pelo Brasil, comparando com o que ocorre em outros estádios pelo mundo e como a violência está inserida na cultura futebolística do brasileiro, e apresentar as consequências e motivos da violência que ocorre mesmo com

as medidas tomadas por autoridade para que ela seja sanada e quais são essas medidas. Provando a final que os problemas como a violência da sociedade, como preconceitos, conflitos políticos, exclusões e diversas manifestações, são refletidas no futebol, pode-se notar que este esporte a tempos engloba todas as camadas sociais fazendo com que ocorram reflexos do choque de realidade que há na sociedade e por meio das proibições impostas apenas se esconde os problemas e não se acha uma solução de fato. Entretanto esta solução existe e o presente trabalho busca esclarecer os pontos importantes para que se chegue à tal.

PALAVRAS-CHAVE: Futebol, torcida, ineficácia.

ELITIZATION, EXCLUSION AND VIOLENCE IN STADIUMS.

ABSTRACT: Brazilian football, which has been loved by Brazilians, has reflected the social problems of Brazil, including exclusion, since low-income social classes have lost space in stadiums due to modernization and violence. The social issue of violence and exclusion in the country is reflected in the stages as well, with fights, offenses and other manifestations. The

research intends to show the reality of the stadiums in Brazil, comparing with what happens in other stages around the world and how violence is inserted in the Brazilian football culture, and to present the consequences and reasons of the violence that occurs even with the measures taken by authority to have it remedied and what those measures are. Proving the problems like the violence of the society, as prejudice, political conflicts, exclusions and diverse manifestations, are reflected in the soccer, it is possible to be noticed that this sport encompasses all the social layers causing the reflections of the clash of reality that exists in society and through the imposed prohibitions only hides the problems and is not found a solution in fact. However, this solution exists and the present work seeks to clarify the important points for achieving this.

KEYWORDS: Soccer, supporters, ineffectiveness.

1 | INTRODUÇÃO

O Futebol, é muito valorizado no Brasil por motivos sociais, de classe, *status*, lazer e entre outros. Com isso se dá importância de tratar este tema e suas consequências e efeitos na sociedade, sendo o fanatismo uma das principais consequências, acompanhada de outros sentimentos e possibilidades.

A violência está atrelada ao futebol, ao estádio de futebol e a modernização do futebol. Assim como há violência na sociedade, também se pode verificar no futebol. Sendo assim, diversos são os motivos que levam cenas de brigas para as manchetes dos jornais esportivos, que podem advir de rivalidade históricas e questões de regionalidade - sendo até verificada as justificativas mais banais, como, brigar com torcedores do mesmo time. Sendo assim esta pesquisa visa esclarecer alguns fatos e motivos da violência nos estádios, e ideias de possíveis soluções.

A modernização dos estádios e do futebol em si é vista como um meio de exclusão social, haja vista o aumento dos preços em ingressos, meios de deslocamento até o estádio e outros fatores que serão abordados que influenciam para dificultar o acesso do torcedor menos privilegiado economicamente aos estádios.

A Violência e o alto custo para se assistir um jogo gera a exclusão daqueles que não tem condição para tal e que se sentem acuados em face da vasta gama de riscos, de encontrar-se com torcedores mal-intencionados ou por acidente se envolver em uma briga a qual não teria qualquer motivo. Por isso, a Exclusão gerada pela violência para alguns pode ser a solução do problema, não permitindo a presença de determinadas pessoas no estádio e nem de torcidas em alguns casos.

Em nenhum momento se olvidará da questão da paixão do torcedor pelo esporte favorito do brasileiro, esta “paixão nacional” que parece algo simplório e de pouca importância em associação com a mídia e o status social do torcedor médio

brasileiro, serão considerados e tomados por base de todo trabalho, provando, que a exclusão gera a violência e *vice-versa*, e a elitização vem como uma falsa ideia de melhoria.

2 | A VIOLÊNCIA NOS ESTÁDIOS

Quando o futebol chegou ao Brasil com o inglês Charles Muller, era um esporte para a classe rica do país, brancos em sua maioria, porém com o tempo foi ganhando popularidade e não foi possível controlar que todos acabassem gostando e praticando, os grandes clubes não podiam mais ignorar a camada popular da sociedade, que começava a acompanhar e torcer por equipes de futebol.

Mediante o aumento do público, começa a existir uma discrepância em relação às condições socioeconômicas: o futebol deixa de possuir um perfil hegemônico da classe alta, para se tornar, cada vez mais, popular. Junto a popularização, surgem as torcidas na época de 1920, as quais eram citadas pela imprensa como a parte barulhenta, festiva e até desordeira dos espectadores. Com a existência de numerosas torcidas, pode-se observar uma modificação da relação entre espectador e espetáculo, pois o estádio passou a ser segmentado a partir de então (arquibancadas, cadeiras numeradas e gerais).

As torcidas estavam localizadas nas gerais dos estádios, local inicialmente destinado àqueles que não eram associados. As primeiras torcidas organizadas surgiram em 1940 em São Paulo com a TUSP (torcida uniformizada do São Paulo) e a Charanga Rubro-Negra no Rio de Janeiro com o Flamengo. Foi assim o início da caminhada do futebol para ele chegar nos moldes culturais, sociais e econômicos dos dias de hoje, acompanhando cada passo da sociedade, desde de sua evolução capitalista, falta de igualdades e o crescimento da violência.

A violência é inerente ao futebol, que não é um acontecimento que proporciona alívio de tensões acumuladas, e sim um carregador de tensões que facilita o surgimento de agressões físicas e verbais, tanto nas relações entre jogadores, dirigentes, instituições, como entre torcedores rivais (MURAD, 2012). A Violência está presente na história do futebol antes mesmo de ser conhecido como tal, havendo relatos de “jogos com bola” desde o século 12 d.C. (ENCICLOPEDIA MIRADOR, 1989, PIMENTA, 1997) em que se registraram mortes na prática do esporte, o que acabou resultando até na proibição da prática.

Os episódios de violência nos estádios não são apenas mérito das torcidas organizadas, mas também do torcedor denominado comum, que não é sócio da organizada. Não se pode restringir a violência somente ao meio do futebol, ele neste caso apenas espelha e intensifica os traços da sociedade atual, a história do homem é repleta de violência e atos desumanos que não tem relação alguma com

o esporte. Para Baudrillard, a violência presente no futebol faz parte não só de tudo que na sociedade envolve a violência, mas também da indiferença e a necessidade de fazer parte de um todo, no caso esse todo é o grupo que abraça o companheiro em qualquer situação, fato que não ocorre com o indivíduo na sociedade.

Um relato feito por um membro da torcida organizada “Mancha Verde”, exalta essa questão do companheirismo e indiferença acima posto, ao ser questionado pela acusação de assassinato em um confronto entre são-paulinos e palmeirenses, o torcedor diz que “não sendo amigo meu, tudo bem” (PIMENTA, 1997), para completar, o presidente desta mesma torcida também foi questionado, e justifica o fato dizendo “qualquer coisa que te faz tirar do sério é como se tivesse agredindo sua mãe ou seu pai. Então você acaba perdendo a cabeça” (PIMENTA, 1997). O jogo dentro das 4 linhas apesar de forma menos implícita, também está ligado com a violência fora delas, não só a provocação à torcida, mas também a lenta morte do futebol arte (assim é chamado o estilo de jogo no qual a habilidade vale mais que a força) e o crescimento do futebol força, que é o oposto do futebol arte e valoriza mais o empenho físico (SANTOS, 2004, p. 84).

Outro fato que se envolve no quesito é a corrupção de dirigentes e órgãos, podendo se usar de exemplo a situação pela qual se encontra a Confederação Brasileira de Futebol (CBF), sem presidente pois o mesmo foi afastado pela FIFA por corrupção (FOLHA, 2017). Retto, ex-secretário dos negócios de esportes e turismo de São Paulo, diz que “torna-se forçoso escancarar que quando grassa a corrupção, envolvendo-se as maiores instituições do nosso sistema social, por reflexo, abrem-se as comportas dos sentimentos de revolta, o que faz sugerir a convicção de impunidade, assim, estimulando e fazer crescer a grande espiral da violência” (RETTO, 1996, p.40.).

Não é surpresa a presença da corrupção no futebol, entre árbitros, jogadores e dirigentes de clubes e entidades relacionadas ao esporte, como se pode ver em 2005, quando o árbitro Edílson Luiz Perreira vendeu resultados dos jogos para um apostador alterando o resultado final do campeonato brasileiro. No momento em que foi feita a reorganização após a manipulação, houve injustiça, e o que sucedeu esse evento foi um saldo de 3 mortes em menos de 24 horas durante conflito entre torcidas envolvidas pelo sentimento de revolta.

A respeito dos envolvidos nestes tipos de incidentes, o ensaísta Hans Magnus Enzensberger escreve no livro “Le Monde” que, os criminosos são na sua maioria jovens, não depositam nenhum tipo de investimento no futuro (SANTOS, 2004). Diferentemente dos bandos de tempos passados estas massas atuais contêm um sentimento de que nunca seriam afetados pelos acontecimentos, e que podem ser substituídos em qualquer lugar de qualquer maneira, algo semelhante a uma banalização da violência, como se não houvesse consequência para os atos e

muito menos algum remorso ou sentimento de empatia, devido ao fato da violência estar presente em todos os aspectos da vida de alguns, e em grande parte dos meios futebolísticos, não se tratando da violência apenas física, mas dela nas suas diversas formas, como por exemplo na corrupção.

A violência advém desta falta de sentido que percorre a sociedade nos dias atuais, a geração violenta se manifesta por não ter razão de ser. A fala do presidente da “Mancha Verde”, Paulo Serdan, reflete isto, quando diz que a torcida está inserida em uma sociedade e é inevitável que haja um reflexo da sociedade nas torcidas, sendo a principal função delas fazer a festa no estádio, todavia, como esta é composta por membros das periferias em sua maioria e por cidadão comuns (entenda-se sem privilégios), o reflexo da sociedade fica claro (PIMENTA, 1997).

A imprensa, é também um meio responsável pelos acontecimentos violentos, dito isso através da “lógica da aceleração no vácuo”, a qual incide que, ao se mostrar a violência sucessivamente pela televisão, e pelos demais meios de comunicação, ela é incitada, na medida e ao mesmo tempo inverte-se os papéis daqueles que estão presentes no estádio, passando os torcedores (que também fazem parte do espetáculo) a serem os protagonistas, e não os jogadores, pois inventam um espetáculo violento sob os olhos da mídia e ela veicula para todo o mundo. Nesse sentido:

“A imprensa como se percebe, algumas vezes noticia determinados fatos com certo exagero ou com certa ausência de conteúdo informativo que venha colaborar na compreensão do problema enfocado. Tanto a polícia militar – na intenção de coibir a violência entre grupos de torcedores – quanto a torcida organizada – que atribui a imprensa um caráter mercantilista – reconhece a mídia como sendo o veículo que pode contribuir para fomentar a violência entre as torcidas organizadas, bem como entendem que ela pode servir como instrumento para auxiliar no afrouxamento desses acontecimentos violentos que tem permeado as relações dos jovens torcedores” (PIMENTA, 1997, p. 131).

Isto ocorreu, no jogo entre Palmeiras x São Paulo pela Copa São Paulo de Juniores, uma briga entre torcidas até hoje usada de exemplo, e suas imagens foram transmitidas ao vivo. O presidente da Gaviões da Fiel, da Mancha Verde e os policiais dizem, que a imprensa motiva a violência ao colocá-la como manchete de jornal, e que alguns torcedores violentos se sentem motivados para revidar ou protagonizar incidentes sabendo que irão aparecer no jornal tornando-se notícia (PIMENTA, 1997). Não vincular estes indivíduos à mídia poderá fazer com que a motivação de alguns seja ao menos diminuída, como já se fez no Uruguai, onde José Mujica ex-presidente do país de 2010 a 2015, proibiu programas de televisão que mostrassem a violência como atração e entretenimento (CARVALHO, 2015).

Torcedores se baseiam em diversos motivos para a prática da violência, um deles é o narcisismo¹ que motiva a pequena violência em confrontos verbais e

1. Paixão pelo próprio ego, autoadmiração.

físicos, relacionando-se ao mal-estar da civilização, banalização da violência, impunidade e mídia. Não se pode dizer que a impunidade decorre da falta de prisão, haja vista que no Brasil há a terceira maior população carcerária do mundo de acordo com pesquisa realizada em 2017 pela agência nacional, a impunidade citada diz respeito a falta de atitude em momentos-chaves para coibir a violência, e até em momentos em que se tomam atitudes, algumas delas são precipitadas e/ou equivocadas. Como ocorreu em 2016 em um jogo do Corinthians pelo campeonato paulista², partida na qual a torcida entrou com faixas de protestos e na retirada das faixas a ação policial foi truculenta o que gerou conflito.

Acerca do mal-estar da civilização, junto do sentimento de revolta, exclusão social e acolhimento do grupo de amigos da torcida, o jornalista Buford, cita um envolvimento com os *hooligans*³ ingleses do time Manchester United:

“A adrenalina é um dos componentes químicos mais poderosos do organismo. Vendo os ingleses do lado e os italianos do outro, lembro-me de ter tido rapidamente a impressão de assumir as propriedades de um pequeno helicóptero, erguendo-se a vários centímetros do chão e saindo do caminho de todos, ouviu-se um rugido, um rugido coletivo, e os torcedores ingleses se insurgiram contra os italianos” (BUFORD, 1991, p. 76-77).

O mesmo jornalista relata o prazer dos jovens em se envolverem nessas situações, se em outras gerações se usou drogas em excesso, fumou-se demais, bebeu-se demais, para estes grupos, a violência é o pontapé antissocial, que move uma euforia, uma adrenalina e sensação bem-estar (BUFFORD, 1991). Este relata ainda a felicidade indescritível de todos ali durante o confronto de aproximadamente 4 minutos, é como se aqueles estivessem tomado conta da cidade toda (BUFFORD, 1991).

A estrutura de torcidas organizadas no Brasil faz *jus* ao nome, estrutura semelhante à do exército, com hierarquia, disciplina, regras de condutas e relações burocráticas, com diretorias, conselhos e sócios (PIMENTA, 1997). Esta se encontra na mesma base das relações normais da nossa sociedade, entretanto nas torcidas organizadas os jovens são acolhidos, ouvidos e respeitados, mesmo que eles transgridam a ordem social estabelecida ou sejam mal vistos fora da torcida (PIMENTA, 1997).

De acordo com Heloísa Reis, a violência é uma tendência mundial do futebol, visto que muitos jovens buscam a os jogos para interromper a monotonia cotidiana. Alguns fatores contribuem para o surgimento da violência, são eles: perda ou período longo sem títulos por parte do clube; comportamento dos jogadores dentro de campo; forma como a polícia intervém com a torcida e falta de infraestrutura

2. http://www.espn.com.br/noticia/586286_pm-e-organizada-corintiana-entram-em-confronto-depois-de-corinthians-x-linense

3, Tipo de torcedor que surgiu na Inglaterra; aquele que se traja de modo específico para se identificar, fica em determinado lugar no estádio, e está sempre disposto a um confronto violento depois da partida.

(REIS, 2006,). A autora também mostra que as principais causas do vandalismo relacionado ao futebol são a existência de grupos fanáticos (identificação simbólica), as decisões de árbitros, as declarações de jogadores, treinadores e dirigentes, as notícias esportivas (meios de comunicação), os bolsões de marginalização social e econômica, o consumo de bebidas alcoólicas e drogas, a falta de controle policial, a não aplicação de normas do esporte, a falta de educação social para o esporte, o sistema de venda dos ingressos e entre outros (França, 2006,).

As manifestações violentas que acontecem no futebol são reproduções do comportamento dos *hooligans*, mas devemos levar em consideração que cada sociedade possui cultura e característica própria, o que as fazem únicas em sua maneira de ser representada por seus integrantes. Crenças, costumes, hábitos e relacionamentos são particularidades de cada uma, portanto, não podemos afirmar ou mesmo caracterizar as ações violentas ocorridas no futebol mundial como consequência das atitudes tomadas pelos torcedores ingleses. Não podemos igualar os *hooligans* aos torcedores organizados brasileiros, aos *ultras* europeus⁴, ou *barra-bravas*⁵ da América Latina, pois cada um desses tem particularidades semeadas a partir das características de seus países. Cada grupo cultiva um determinado tipo de ideal que os caracteriza e os tornam únicos conhecidos mundialmente. O envolvimento político (por questões em sua maioria racistas) – ideológico dos *hooligans* e *ultras*, não é perfil das Torcidas Organizadas brasileiras haja vista que a enorme miscigenação que caracteriza nosso povo não nos permite sentimentos racistas do mesmo patamar que é visto fora do Brasil, de fato quando se ocorre discriminação nos estádios brasileiros, são eventos isolados e a simpática recepção de povos estrangeiros não nos torna xenófobos em maioria.

A identidade que as Torcidas Organizadas possuem é algo repleto de significados. Quando surgiram tinham como ideia principal o apoio ao time e a superação da torcida adversária por meio das batucadas e cantos, hoje, porém, a torcida adversária é observada como inimiga e rival, contribuindo para que um clima hostil permaneça impregnado nas relações entre as entidades. O membro da torcida organizada cultua com os ideais e as cores da torcida de forma leal, sendo capaz de se envolver em atos violentos para sua defesa e de aqueles que considera sua família dentro da torcida (PIMENTA, 1997,)

Alguns representantes do poder público transferem o problema da violência no futebol para as “Torcidas Organizadas” o que demonstra certa fragilidade ao reduzir um problema social à uma única entidade, como fez por exemplo o secretário de

4. Torcedores que apoiam intensamente sua equipe de predileção, muitas vezes se aproximando do comportamento violento dos chamados *hooligans*, mas se portam de maneira diferente dentro dos estádios.

5. É um tipo de movimento de torcedores futebolísticos muito popular na América Hispânica, conhecido por incitar suas equipes com cantos intermináveis e fogos de artifício. Costumam localizar-se nas arquibancadas atrás dos gols, acompanhando as partidas sempre de pé

segurança pública Luis Fernando Delazari, afirmando que o problema da violência no futebol está na existência das torcidas organizadas e se estas deixarem de existir o problema social está resolvido.

Pode-se usar de exemplo a decisão tomada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo ao proibir a presença das torcidas organizadas de 2015 até 2017 nos estádios, esta decisão não fez com que a violência deixasse de ocorrer nos estádios, o que acabou ocorrendo foi a não ida dos indivíduos que protagonizam a violência com as roupas que identificam as torcidas, os atos violentos não deixaram de ocorrer, pode-se verificar isto vendo os acontecimentos no ano de 2016 em que a proibição estava em vigor. Houve um confronto na Zona Leste de S.P. entre a torcida organizada da Sociedade Esportiva Palmeiras, e a torcida organizada do Sport Club Corinthians Paulista, em que um pedestre inocente foi morto durante conflito⁶.

Corroborando com nosso pensamento está Pimenta, ao afirmar que:

“(...) a violência produzida na esfera futebolística não permanece apenas no âmbito das Torcidas Organizadas; ela está presente dentro do campo de jogo, nos bastidores, nas relações mercadológicas entre clube/jogador, clube/torcedor, clube/empresa, etc. A violência em questão pode ser explícita quando atinge a integridade física dos agentes que participam do jogo- torcedor, jogador, dirigente, jornalista e árbitro-, através de agressões, e implícita ao promover, nas relações diversas do mundo da bola, manipulação dos objetivos pretendidos, em detrimento do esporte e dos atores que dele participam (1997, p. 52). ”

Sabemos que a violência física não é a única forma de violência que permeia o mundo da bola: a iniciação do jogador, a venda de resultados e os cantos insinuantes entoados pelas torcidas podem representar a violência simbólica presente no ambiente. Os cantos das torcidas configuram-se como agressivos e muitas vezes fazem alusão à violência e morte, ademais, normalmente estão vinculados às torcidas adversárias, como sinônimo de intimidação e/ou autoafirmação. E não são só torcedores adversários os alvos dos cantos, a Polícia é destinatária principal dos insultos, mesmo as vezes sendo a mediadora dos conflitos. A relação entre Torcidas Organizadas e Polícia é um tanto quanto conflituosa, a autoridade policial não é vista como benéfica diante dos indivíduos pertencentes às torcidas e por parte da sociedade.

Uma análise feita a partir do clássico *Coritiba Foot Ball Club x Clube Atlético Paranaense*, mostrou claramente a situação de um dia de clássico para a torcida, polícia, e a cidade, somente no ano de 2009 foram 67 ônibus depredados nos dias de jogo, antes e depois da partida, e um dos fatores que contribuem para essa violência, é a presença de “comandos” das torcidas espelhados pela cidade, estes são subdivisões de membros da torcida feitos em determinados bairros da cidade,

6. <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/04/briga-entre-torcidas-deixa-uma-pessoa-morta-na-zona-leste-de-sp.html>

e como os membros das torcidas são muitos, e a cidade é grande, a polícia militar e os diretores não conseguem controlar todas estas sub sedes em dia de jogo, em que todas saem para a cidade, algumas com o intuito de provocar violência e outras apenas para ir ao jogo (FERRAZ, 2009).

Dentro das próprias torcidas há a violência por disputa de poderes, respeito, nome e etc., como se fosse inevitável que ocorra a violência, mas ao mesmo tempo que isso é inevitável não quer dizer que é mal visto, para alguns é uma sensação de prazer, lazer, necessidade. A violência pode ocorrer sem a rivalidade dos clubes, como o que ocorreu em 2010 em uma lanchonete que se localiza no estádio Arena da Baixada, segundo as notícias⁷, torcedores da “Ultras” (torcida do time Atlético Paranaense) comemoravam 18 anos de torcida quando integrantes da torcida “Os Fanáticos”⁸ chegaram ao local e iniciaram a confusão quebrando diversos objetos e só pararam após a chegada da polícia ao local. Não é de hoje que ao se pensar em uma solução para algo, um problema pessoal, um problema em um bairro, em uma comunidade, aquele indivíduo que vive disso ou para isso, não vê no Estado um poder de solução de qualquer tipo de conflito que seja eficaz a ponto de finalizar o assunto e a violência vem como consequência e resposta para essa ineficiência estatal.

É isso que se reflete no futebol, o time não joga bem se faz protestos, a diretoria do clube erra, se toma o mesmo caminho e assim também em relação a autoridades e rivais. Não há uma representatividade e uma confiança para que os indivíduos se vejam na segurança de não precisar partir para a violência, uma vez que a violência está banalizada e presente no cotidiano da maioria dos brasileiros.

Os embates sobre o controle da violência no futebol que permeiam a relação entre poder público, torcedores e clubes de futebol são marcados pelas acusações de ambos se justificando quanto a responsabilidade de cada um diante dos fatos. Para Pimenta, o fenômeno da violência no futebol está relacionado a inúmeros fatores de ordem econômica, política e social, mas ele acrescenta que a “ausência do Estado”, no que tange as práticas de políticas públicas e a desconstrução da organização do tecido social no Brasil também representam fatores importantes para que o fenômeno permaneça como assunto contemporâneo:

“A pretensão é, mais uma vez, reforçar a ideia de que a urbanização e a industrialização desarticuladas, bem como a ausência do Estado, enquanto gestor de políticas públicas, são fatores importantes que contribuíram à construção desorganizada do tecido social brasileiro, possibilitando a abertura das portas para o surgimento de um novo sujeito, não limitado às classes mais desfavorecidas. Sujeito violento, carente e alienado que - no sentido político e cultural do termo - busca sua identidade social e autoafirmação, lançando mão da violência e da agressividade. ”

7. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/esportes/conteudo.phtml?id=1047903>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

8. Torcida organizada do time de futebol Clube Atlético Paranaense.

O Estado detém o monopólio do uso da violência e exerce isso por meio da polícia, e essa relação quando se diz respeito aos torcedores é por muitas vezes conflituosa, este relacionamento está atrelado a ideia de que “violência gera mais violência”, e ambas as instituições agem de forma violenta. Os torcedores reclamam que a polícia tem um comportamento agressivo, a Polícia em contrapartida se defende caracterizando como “torcedor de futebol” aquele indivíduo “que se dirige ao estádio para torcer pelo seu time”, ou seja, não inclui o torcedor que se envolve em qualquer ocorrência, na categoria de torcedor (PIMENTA, 1997, p. 114).

A partir do momento que o torcedor praticou algum delito, o “tratamento dado a ele é o tratamento dado a quem qualquer indivíduo delinquente” (PIMENTA, 1997, p. 113). Alguns policiais são bastante claros em sua posição quanto a este assunto: um policial do 2º BPChq de São Paulo relatou que “um torcedor que agride uma pessoa que ele não conhece, apenas porque o outro torce para outro time, não tem qualificação, deve ter o mesmo tratamento como retorno” (PIMENTA, 1997, p. 114).

Com tantos problemas acerca da violência no futebol o Estado mesmo que sem credibilidade, criou ferramentas para coibir as falhas na transparência da organização e promoção do espetáculo, incidentes violentos nos estádios, em seus arredores e infraestrutura inadequada para atender o torcedor, geraram a criação do Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei nº 10.671/03). A intervenção do Estado no futebol sob a forma do EDT, não foi a primeira interferência do Estado no futebol brasileiro. Segundo Mezzadri (2008) essa prática teve início com o Decreto Lei n. 3199 de 1941 que estabelecia as bases de organização dos desportos em todo o país.

A partir da década de 70 o futebol passou por um intenso processo de profissionalização que culminou na segunda intervenção estatal através da Lei do Passe 55 em 1976 que estabelecia a relação de trabalho entre atleta e seu clube. A abertura política proporcionada ao país a partir da década de 80 auxiliou na formulação da Lei Zico em 1993, que fortaleceu a iniciativa privada e reduziu a interferência do Estado no futebol. Na sequência surgiu a Lei Pelé que priorizou os jogadores de futebol e deu a eles mais autonomia.

Como consequência da profissionalização citada, houve a transformação do futebol em espetáculo esportivo e proporcionou a elaboração da lei que viria priorizar o torcedor de futebol, agora como consumidor do espetáculo. Por fim, a última interferência do Estado no futebol prevista em lei ocorreu em 2006 com a criação da *Timemania* que veio auxiliar os clubes brasileiros (BONIN, 2011, p.55).

3 | O ESTATUTO DE DEFESA DO TORCEDOR

Dentre as intervenções citadas anteriormente vamos nos ater no E.D.T. (estatuto de defesa do torcedor) por ser a que mais está ligada ao fenômeno da violência e exclusão. No capítulo IV, o estatuto trata da segurança do torcedor que participa do evento esportivo, no artigo 13, o qual inicia o capítulo, estão presentes as condições que o torcedor tem para entrar e participar do jogo e no artigo seguinte como o clube detentor do mando de campo deve se organizar para realização do evento.

Há diversas críticas para as normas previstas nesta lei que dizem respeito ao que o torcedor pode adentrar ao estádio ou não, autoridades, jornalistas e comentaristas se dividem com prós e contras. O Ministério Público assume-se a favor das proibições, Mauro Cezar Pereira, jornalista e comentarista esportivo do canal televisivo fechado “ESPN” se coloca⁹ contra diversas medidas tomadas como a proibição das bandeiras que a alguns anos eram artefatos tradicionais juntos de fogos de artifícios, assim como o consumo de bebidas alcoólicas, fato este que segundo alguns torcedores e pesquisas gerou uma maior elitização, com a intenção de diminuir a violência, o que de certa forma ocorreu, mas não devido a proibição de objetos e sim a uma punição para o time e o indivíduo que não cumprisse o que está previsto na lei (O CANTO, 2016).

No artigo 39-A do Estatuto, está presente uma punição para a torcida que promover tumultos, com pena de afastamento do estádio, pagamento do prejuízo causado e uma possível reclusão. Uma das medidas que surgiram para efetivamente punir os torcedores de futebol infratores foi o Juizado Especial Criminal instalado nos estádios. Esse Juizado conta com um juiz e dois servidores, além de representantes do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil. As medidas representam o controle que o Estado exerce sob a vida de seus cidadãos, as penalidades previstas no Estatuto de Defesa do Torcedor seriam eficazes e possivelmente serviriam para apaziguar o problema da violência, porém, o não cumprimento da legislação ou a grande quantidade de subterfúgios disponíveis contribui para que a impunidade prevaleça.

A partir do momento que o indivíduo fosse responsabilizado e punido por seus atos, principalmente quanto à proibição de comparecimento ao estádio em dias de jogos em que seu clube estivesse atuando, provavelmente se teria uma diminuição significativa no número de incidentes dentro e fora dos estádios, se houvesse uma reeducação. Esta reeducação não acontecendo, mesmo que a pena fosse mais severa e não fosse substituída por pena alternativa (pois é o que ocorre devido ao tempo de reclusão de no máximo dois anos) talvez se poderia reduzir

9. Entrevista do jornalista ao jornal online “O canto”: <http://www.ocantodastorcidas.com.br/o-canto-entrevista/o-canto-entrevista-mauro-cezar>

significativamente as ocorrências.

O estatuto define que o poder público e o privado são responsáveis pelo combate à violência no estádio, isso gera alguns embates quando se diz respeito a responsabilidades de cada parte, por exemplo, uma federação estadual proíbe junto a polícia militar a entrada de um indivíduo no estádio, mas o clube não participa dessa fiscalização e por algum erro de uma das partes o sujeito entra no jogo normalmente, mesmo depois de responder por um ato ilegal e estar proibido de entrar no jogo, o que gera aos torcedores uma sensação de poder fazer o que bem entender, não havendo punição e nem reeducação depois de cometido o ato. É importante ressaltar que ao se tratar do arremesso de um objeto ao campo, um tumulto no dia de jogo ou até uma briga, não é o ideal que o indivíduo seja preso pois isso geraria uma sobrecarga ainda maior no sistema prisional brasileiro e a reeducação nunca aconteceria, apenas a punição pura e simples.

Nos últimos 17 anos foram confirmadas 177 mortes onde a motivação advém de conflitos entre torcidas organizadas. O número de 10 mortes por ano preocupa, o que traz a necessidade de uma maior atenção das autoridades públicas e dos próprios clubes que as torcidas organizadas estão ligadas. Desde 1990, 90% das mortes ocorreram fora dos estádios, sejam nos seus arredores ou em encontros entre torcidas rivais, o que acaba dificultando a identificação dos envolvidos. Segundo o Ministério do Esporte, de todos os casos que envolvem violência no esporte, apenas 3% dos envolvidos são condenados de alguma forma (SILVA, 2017, P. 55-63).

O reflexo do sistema judiciário brasileiro não deixa de afetar também a Justiça Desportiva. Em um levantamento feito pelo Conselho Nacional da Justiça, o estudo “Justiça em Números”, a cada 100 processos que aguardam julgamento, apenas 28,6% são julgados. O estudo foi divulgado em 2016, tendo como ano base 2015.

O estatuto do torcedor pune e busca se prevenir em relação aos atos violentos, mas o sistema judiciário inchado de processos não contribui para uma eficácia, o desporto na Constituição Federal está presente no seu artigo 217, e no inciso IV coloca-se que é dever do Estado a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional e da autonomia para as entidades esportivas organizarem o funcionamento do evento.

Quanto aos jogos que são feitos com torcida única, ou seja, apenas com a torcida do time mandante, o fato é que existem várias torcidas organizadas de um mesmo clube, o que pode gerar brigas entre si, portanto, a torcida única não irá efetivamente acabar com a violência nos estádios. A “torcida única” é defendida como uma medida emergencial. O jurista desportivo Marcilio Krieger, no entanto, é contra esta medida, para ele, é, em verdade, “uma forma de segregação que a constituição não permite, além de ser uma declaração da falência do estado para manter a tranquilidade social”. Essa é uma discussão importante, uma briga de

lados extremos, mas não será com torcida única que a violência será coibida. Isso tira o direito de um inocente assistir a um jogo, embora ele não tenha agido de forma contrária à lei (SILVA, 2017,).

A lei número 9.615/1998 (lei desportiva) em seu artigo 2º traz os princípios do desporto, colocando em destaque o III, em que temos:

Art. 2º: O desporto, como direito individual, tem como base os princípios: (...)

III - da democratização, garantido em condições de acesso às atividades desportivas sem quaisquer distinções ou formas de discriminação.

Ora, esse princípio do Desporto Nacional garante aos torcedores que não haja quaisquer tipos de discriminações e distinções, o que pode ser aplicada em relação aos jogos de futebol em estádios com torcida única, e com a proibição se tem segregação e discriminação.

Portanto, sendo o futebol um direito social garantido no sistema normativo brasileiro, não devem ser admitidos tratamentos díspares ou imposições sub-humanas aos torcedores, ao contrário, deveria se fomentar o seu acolhimento, a oferta de condições mínimas de segurança ao cidadão que o prestigia (SILVA, 2017,).

Há outras medidas, como, por exemplo, deixar que uma torcida saia do estádio antes que a outra. Na prática não funciona, muitas vezes, a torcida que é liberada antes é a torcida do time de casa, e depois os torcedores do clube visitante. Essa tática não impede que o torcedor da casa fique nas vias que cercam os estádios esperando os rivais para possíveis emboscadas.

Em 2015, o Juiz Marcello Rubioli, frente ao Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, defendeu não haver uma “solução salvadora” para que as brigas nos estádios de futebol cessem. O magistrado citou em uma entrevista¹⁰, inclusive, que uma das medidas a ser adotada deveria ser o banimento das torcidas organizadas. O Juiz, na entrevista, colocou em pauta a falta de interesse em combater a violência nos estádios, o que ocorre somente quando acontece algum caso que chame atenção da sociedade, mídia e das autoridades.

A crítica é válida pois não há a prevenção e a precaução quanto às violências ocorridas não só nos estádios de futebol, mas também fora deles. O Estatuto do Torcedor traz, em seu capítulo XI-A, os crimes e suas respectivas penas para os torcedores que praticarem algum dos crimes elencados no artigo 41-B ao 41-G. (SILVA, 2017,).

O estado despreparado gera problemas na sociedade e isso ocorre também no futebol. O público que frequenta os estádios de futebol, em diversos campeonatos e séries, é singular. A ação policial pode envolver bombas de efeito moral e balas

10. Disponível em <<http://zip.net/bmtH7G>>

de borracha, ambas são disparadas em direção à confusão, onde podem estar presentes crianças e idosos. O Estatuto do Torcedor, em seus artigos 26 e 27 coloca em evidência a responsabilidade da liga organizadora do campeonato, dos clubes, em conjunto com o Poder Público, com o transporte seguro para os torcedores, incluindo não só dentro dos estádios, como também suas imediações.

O parágrafo único do artigo 27, traz uma exceção, “o cumprimento do disposto neste artigo fica dispensado na hipótese de evento esportivo realizado em estádio com capacidade inferior a 10.000 (dez mil) pessoas.” A pergunta que surge, deste contexto, é: porque é vetado em casos de público inferior a 10 mil pessoas? Qual é a justificativa para essa exceção? Por exemplo, a média de público pagante¹¹ no Campeonato Catarinense de Futebol de 2017 foi de 2.986 (duas mil novecentas e oitenta e seis) pessoas; já a média do Campeonato Carioca, do mesmo ano, ficou em 4.323 (quatro mil trezentos e vinte e três). Pode-se chegar à conclusão de que essa exceção não deveria ser aplicada. Há a necessidade de um plano de estudo para cada jogo a ser realizado, individualmente, levando em consideração o histórico de partidas que envolveram as equipes confrontante, como também, suas respectivas torcidas. Cada partida de futebol tem suas peculiaridades e necessidades, não se deve tomar decisões que dizem respeito a segurança do torcedor por número de ingressos vendidos. (SILVA, 2017,).

Haverá evolução no futebol e pacificação nos estádios quando pudermos encontrar mais atitudes e menos omissões, maior oferta do que cobranças, mais organização do que improvisos, maiores exemplos do que exigências e mais respeito que subestimações (Ricardo de Moraes Cabezon). Há para uma comunicação sadia e sincera a Associação Nacional das Torcidas Organizadas (ANATORG), que tem como lema “falo conosco e não sobre nós”, esta instituição tem como membro apoiador o Ministério do Esporte e seu intuito é tentar diminuir a violência nos estádios e demonstrar que a violência e a diminuição de espectadores nos estádios de futebol não são culpa singular das torcidas organizadas.

Nas palavras do presidente da ANATORG, André Azevedo:

“Quando falamos de torcidas organizadas, a primeira coisa que nos vem à cabeça infelizmente é violência, mortes, marginais, desocupados e outros adjetivos. Ao menos é isso que todos querem induzir a pensar. (...). Escutamos que as pessoas não vão mais aos estádios devido à violência e para essas pessoas nós dizemos: por favor, não vá mais à praia no domingo e nem a bares à noite, pois lá também está constatado que é tão ou mais perigoso do que ir ao futebol. (...) são fontes intermináveis de problemas no futebol, mas o bode expiatório de tudo isso somos nós, os torcedores organizados. E por falta de conhecimento a sociedade compra essa ideia.”

Outro objetivo da referida associação é fomentar diálogos entre torcidas organizadas que são rivais para que, a longo prazo, o relacionamento das mesmas

11. Site esportivo que divulga a média de público de todos campeonatos nacionais: <http://app.globoesporte.globo.com/futebol/publico-no-brasil/>

possa melhorar e cooperar com a diminuição das brigas dentro e fora do estádio. André Azevedo defende ainda que as torcidas organizadas são uma extensão da nossa sociedade, onde há a violência. O ponto principal da ANATORG é a reeducação das torcidas organizadas, a associação defende a individualização do torcedor que age com violência, que não seja punida toda a torcida organizada, uma vez que a pena, como diz o próprio direito penal, é individual, não podendo um todo ser punido pela ação de um indivíduo. (SILVA, 2017,).

4 | ELITIZAÇÃO E MODERIZAÇÃO

Não só a violência que exclui, segrega e afasta o torcedor do estádio. Uma pesquisa realizada pelo canal esportivo de TV fechada “*Sportv*” mostra que o ingresso brasileiro é o mais caro do mundo e o cidadão que ganha um salário mínimo precisa em média trabalhar 11 horas no mês para entrar no estádio, enquanto por exemplo o cidadão e torcedor alemão, leva menos de duas. O *Profut*¹², sancionado por Dilma Rousseff em 4 de agosto de 2015 com a lei nº 13.155, determina que clubes de futebol, aqueles que decidirem renegociar suas dívidas fiscais com o governo, mantenham “oferta de ingressos a preços populares”.

Não se especifica quantos bilhetes, nem a que preço, mas deveria. O ingresso brasileiro é o mais inacessível do mundo para a camada socioeconômica mais baixa da população de acordo com a pesquisa feita pelo revista “*época*”¹³. Um torcedor brasileiro precisa trabalhar dez horas e 18 minutos para comprar o ingresso mais barato. Se o sujeito quiser ir ao estádio Mineirão todo domingo, precisa dedicar quase um quarto da carga de trabalho semanal só para comprar a entrada. Sem considerar transporte, talvez estacionamento, alimentação dentro ou fora do estádio. Um alemão, por outro lado, tem de ficar na labuta uma hora e 48 minutos para assistir a uma partida do Bayern de Munique (CAPELO; TARAKDJIAN, 2015,).

Talvez a Alemanha não seja a comparação mais justa, pois lá existe a filosofia de perder alguma receita no fim da temporada em prol de uma arena plenamente ocupada. Mas o Brasil é menos acessível do que todos os outros principais países do futebol, por exemplo quando se compara com a França, país no qual se tem uma das cargas de trabalho mais baixas da Europa: um francês trabalha 2 horas e 36 minutos para poder ver um jogo do *Paris Saint-Germain*. Um inglês, no território onde a camada mais pobre da população vê futebol pela TV a cabo e ingressos são reconhecidamente caros, leva seis horas e 18 minutos por uma partida do Chelsea.

12. Lei que estabelece princípios e práticas de responsabilidade fiscal e financeira e de gestão transparente e democrática para entidades desportivas profissionais de futebol; institui parcelamentos especiais para recuperação de dívidas pela União, cria a Autoridade Pública de Governança do Futebol - APFUT; dispõe sobre a gestão temerária no âmbito das entidades desportivas profissionais

13. <https://epoca.globo.com/vida/esporte/noticia/2015/08/elitizacao-do-futebol-ingresso-brasileiro-e-o-mais-inacessivel-do-mundo.html>

(CAPELO; TARAQDJIAN, 2015). O ideal, para um estádio de futebol, é que o preço do ingresso seja alto suficiente para que o mandante consiga dinheiro para investir em atletas, mas baixo suficiente para que o estádio esteja totalmente ocupado.

Há mais variáveis, sabe-se, que atraem ou afastam torcedores: desempenho do time, ídolo(s), acesso à arena, segurança, conforto, dia, horário, clima, fase do campeonato, se são campeonatos de pontos corridos, ou da modalidade “mata-mata”. Mas é fato que o preço é um fator determinante: o clube São Paulo Futebol Clube, em 2013, quando baixou preços de ingressos de R\$ 26 para R\$ 11, em média, aumentou a média de público do estádio Morumbi de 8.500 para 29.800 por jogo (CAPELO; TARAQDJIAN, 2015,). Isso mostra claramente a diferença que faz R\$15,00 na vida da maioria dos cidadãos brasileiros, e mais uma vez a realidade social é refletida mesmo que indiretamente no futebol.

As Arenas do país têm comumente sua lotação completamente preenchida. Quando começam as vendas, primeiro se costuma esgotar o setor que tem entradas mais baratas. Depois, o seguinte. Se a primeira faixa de preço é cara demais para o torcedor que ganha um salário mínimo, ela é ocupada por outro, e este deixa de pagar pelo setor seguinte. O resultado é que, na hora do jogo, as arquibancadas com ingressos mais caros geralmente as que ficam visíveis durante a transmissão da partida pela TV, ficam vazias. O Corinthians passa por isso em Itaquerã. Os clubes Atlético Mineiro e Cruzeiro, no *Mineirão*. O Palmeiras, no *Allianz Parque*. Em resumo: estádio precisa ser setorizado, e as faixas de preço dos ingressos precisam atender a todo tipo de público, do popular à elite, até encher a casa.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tempos o futebol deixou de ser um jogo “clube *versus* clube” e passou a ser também “torcida *versus* torcida”, isto porque a violência caracterizou-se como parte intensa do cotidiano urbano contemporâneo, em especial dos grandes centros e uma pista importante para o entendimento do fenômeno é que a repressão (policial, legal, etc.) pode contribuir para manter ‘suposta ordem social’, mas não evita que o deslocamento dessa massa jovem para outros movimentos de busca de prazer e de excitação (Carlos Alberto Pimenta, 1997, p. 52).

Há um meio de dialogo existente parente o Estado, as torcidas e os clubes, e não se pode rotular os torcedores como delinquentes e nem culpar todo um grupo pelo ato de uma minoria ou de um só indivíduo, quando está generalização da violência acontece por parte de autoridades públicas responsáveis se está indo contra o princípio da individualização da pena, o qual diz que no processo penal a pena deve ser individualizada mesmo que o crime seja o mesmo.

Em uma enquete feita pelo canal de Tv fechada “Sportv” mostrou-se que, para 43,3% das pessoas que votaram, os ingressos caros é o que mais afasta o torcedor dos estádios, seguido pela violência, que recebeu 37,8% dos votos; a má qualidade dos jogos obteve 12,0% e a má qualidade do transporte público, lanchonetes e banheiros recebeu apenas 6,71% dos votos, o que mostra, mais uma vez, que o maior motivo da exclusão de uma determinada camada de torcedores do estádio é a elitização e a violência. Isso implica que, a exclusão dos torcedores é gerada pela elitização e pela violência, mesmo que uma se sobreponha a outra, fato é que não se tem ainda medidas públicas capazes de impedir a exclusão que ocorre ordinariamente

Há muito o que se fazer, mudar e observar sobre estes dois fatores, como já citado, mas há também diversas soluções mesmo que mínimas – mas, o que freia certas medidas é a paixão pelo consumo e o consumo pela paixão, o marketing e o lucro dos times, que, recentemente tem de ser tão bom quanto o desempenho no campeonato, o que torna o fenômeno da elitização ainda mais poderoso, e difícil de ser alterado ou contido (GETÚLIO SANGALLI EALLE, 2016).

APOIO

PIVIC Mackenzie

REFERÊNCIAS

BONIN, Ana Paula Cabral. **Ações públicas e privadas destinadas ao combate à violência no futebol: o caso do jogo entre coritiba foot ball club e fluminense football club**. 2011. 126 f. tese (mestrado) - Curso de Educação Física, Ufpr, Curitiba, 2011.

HRYNIEWICZ, Roberto Romeiro. **Torcida de futebol, alienação, adesão e violência**. 2008. 167 f. - Curso de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

OURIQUES, Nilson Domingues. **A modernização conservadora do futebol nacional**. 1998. 171 f. Tese (Doutorado) - Curso de Sociologia Política, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/sc, 1998

PALHARES, Marcelo Fadori Soares. **Violência no futebol brasileiro: os discursos de torcedores organizados**. 2015. 302 f. tese (mestrado) - Curso de Pedagogia, Universidade do Estado de São Paulo, Rio Claro, 2015.

PIMENTA, Carlos Alberto Máximo. **Violência entre torcidas organizadas de futebol**. São Paulo Perspec., São Paulo, v. 14, n. 2, p. 122-128, June 2000.

REALE, Getúlio Sangalli. **Paixão pelo consumo e consumo pela paixão: a relação entre produtores de marketing e os consumidores no contexto do futebol**. 2011. 149 f. Tese (Doutorado) - Curso de Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/rs, 2011.

SALDANHA, Renato Machado. **Placar e a produção de uma representação de futebol moderno**. 2009. 98 f. - Curso de Educação Física, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/rs, 2009.

SILVA, Ludymilla Kuhnen da. **Torcidas organizadas: causas sociais e a (in)eficaz legislação brasileira**. 2017. 62 f. - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/sc, 2017.

HABEAS CORPUS PARA ANIMAIS NÃO HUMANOS

Data de aceite: 23/03/2020

Lígia Lopes Bortolucci Ruas

Médica Veterinária pela Universidade Estadual de Londrina e discente em Direito pela Faculdade de Apucarana.

E-mail: ligiaruas11@gmail.com

Natália Regina Karolensky

Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Superior de Maringá e Docente da faculdade de Apucarana .

E-mail: adv.karolensky@gmail.com

Eduardo Augusto Ruas

Professor PhD em Genética e Biologia Molecular. Docente na Faculdade de Apucarana

E-mail: edu_wicca@yahoo.com.br

RESUMO: O presente estudo tem por finalidade analisar a admissibilidade jurídica da impetração do *Habeas Corpus* para animais não humanos. O estudo começa com estudos científicos sobre a evolução dos animais não humanos com o propósito de comprovar que são seres vivos sencientes. A partir daí, objetivou-se a justificar as razões pelas quais esses animais são sujeitos de direito e não somente coisas semoventes. Nesses vetores, para fins de sistematização do assunto, foram trazidos casos concretos, para fundamentar que essa tese já foi discutida em diversos

tribunais. Em face dessas considerações, foi possível concluir que embora haja resistência por parte da doutrina, os direitos fundamentais, como a vida e a liberdade, não são necessidades exclusivamente humanas, pois animais não humanos também sofrem abuso dos seus direitos, sendo passível serem sujeitos de direito a partir de uma interpretação extensiva para pleitearem o *Habeas Corpus*. Por derradeiro as normas do direito devem se adequarem a uma sociedade que está em constante transformação e prova-se ao longo da história que mudanças de paradigmas, como no caso em tela, não são necessariamente prejudiciais e sim uma forma de se corrigir injustiças, garantindo a paz social.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; *Habeas Corpus*; Animais não-humanos.

HABEAS CORPUS FOR NON-HUMAN ANIMALS

ABSTRACT: The goal of this study is to analyze the legal admissibility of the impetration of *Habeas Corpus* for non-human animals. The study begins with scientific studies on the evolution of non-human animals in order to prove that they are living sentient beings. From

then on, it was aimed at justifying the reasons why these animals are subjects of right and not only moving things. In these vectors, for the purpose of systematizing the subject, concrete cases were brought to corroborate that this thesis has already been discussed in several courts. In face of these considerations, it was possible to conclude that, while there is resistance on the part of the doctrine, fundamental rights, such as life and freedom, are not exclusively human needs, since nonhuman animals also suffer abuse of their rights, and may be subjects of rights and are to an extensive interpretation entitled to plead Habeas Corpus. Ultimately, the norms of law must conform to a society that is constantly changing and it is proven throughout history that paradigm shifts, as in the present case, are not necessarily harmful, but a way of correcting injustices, ensuring the social peace.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Habeas corpus; Non-human animals.

1 | INTRODUÇÃO

Ao longo da história houve importantes avanços nos direitos dos animais, inclusive no que tange a questão do Habeas Corpus, entretanto ainda há muita resistência quanto a consideração dos animais como detentores de direitos e como seres sencientes.

A proteção do meio ambiente ainda é um tema complexo, por abranger diversas áreas do conhecimento, além de ser um tema de recente relevância para o direito quando comparado a outras temáticas.

Leuzinger (2002) ressalta que proteger os animais não é uma atitude de caráter altruísta do homem, entretanto, a própria existência está diretamente ligada a preservação dos animais.

Mudanças de paradigmas são constantes na história, a recordar que os negros e mulheres foram considerados coisas para o direito tanto que os primeiros eram comprados com o título de propriedade ao comprador e estas eram oferecido o dote (FRANCIONE, 1993).

Será que realmente mulheres, negros e animais não humanos não foram ou não são considerados sujeitos de direitos por não serem merecedores ou deve-se a necessidade dos seres humanos de se considerarem superiores para se auto afirmarem na sociedade (ROLLO, 2015).

Considerando que os atos humanos inúmeras vezes se utilizam de ações arbitrárias contra os animais não humanos. Richard Dawkins¹ após muitos estudos sobre a evolução conclui que:

O “valor” da vida de um animal é apenas o custo de reposição para seu dono - ou, no caso de uma espécie rara, para a humanidade. Mas amarre o rótulo Homo

1. Richard Dawkins: é um etólogo, biólogo evolutivo e escritor britânico. Foi agraciado com o título Doctor of Science pela Universidade de Oxford e possui títulos honoris causa em ciências em diferentes universidades.

sapiens até um pequeno pedaço de tecido insensível e embrionário, e sua vida de repente salta para um valor infinito e inestimável

A discussão perpassará pela admissibilidade da impetração de *Habeas Corpus* para os animais não humanos e o motivo pelo qual eles devem ser defendidos por meio desse remédio constitucional, bem como demonstrar casos concretos em que o Habeas Corpus foi fundamental para findar o sofrimento dos primatas.

2 | DO DIREITO ANIMAL

Um grande passo para o direito dos animais foi a origem do Direito animal como disciplina autônoma, analisando a questão no âmbito da ética animal

Em contraponto com as questões sobre a coisificação de pessoas e animais, várias Universidades em vários locais do mundo iniciaram seus estudos no direito e ética dos animais destacando para a Universidade de Oxford que iniciou o Oxford Centre for Animal Ethics.

3 | EVOLUÇÃO DOS ANIMAIS

O naturalista inglês Charles Darwin² publicou, no ano de 1859, uma das obras de maior importância para a pesquisa evolutiva “A Origem das Espécies pela Seleção Natural”, cujo escopo desvenda o segredo da evolução da vida em nosso planeta, concluindo-se que

“Não existe nenhuma diferença fundamental entre o ser humano e os animais superiores em termos de faculdades mentais. A diferença entre a mente de um ser humano e de um animal superior é certamente em grau e não em tipo”.

Charles Darwin estudou as emoções dos animais concluindo que emoções humanas também são percebidas pelos animais, sentimentos como raiva, felicidade, tristeza, aversão, medo e surpresa. Posteriormente outros pesquisadores descreveram sentimento como ciúme, desprezo, vergonha, constrangimento, simpatia, culpa, orgulho, inveja, admiração e indignação (CASTILHO, 2012).

Corroborando o relato de Darwin, neurocientistas cognitivos, neurofarmacologistas, neurofisiologistas, neuroanatomistas e neurocientistas computacionais reuniram-se na Universidade de Cambridge para reavaliar os substratos neurobiológicos da consciência experiência e comportamentos relacionados, apresentando a Declaration on Consciousness in Non-Human Animals³ de autoria de Philip Low, David Edelman e Christof Koch

2. Charles Darwin: (1809-1882) foi um naturalista inglês, autor do livro “A Origem das Espécies”. Formulou a teoria da evolução das espécies, anteviu os mecanismos genéticos e fundou a biologia moderna. É considerado o pai da “Teoria da Evolução das Espécies”.

3. A Cambridge Declaration on Consciousness foi escrita por Philip Low e editada por Jaak Panksepp, Diana Reiss, David Edelman, Bruno Van Swinderen, Philip Low and Christof Koch. The Declaration foi publicada em Cambridge,

“A ausência de um neocórtex não parece impedir que um organismo experimente estados afetivos. Evidências convergentes indicam que os animais não humanos têm os substratos neuroanatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos de estados de consciência juntamente com a capacidade de exibir comportamentos intencionais. Consequentemente, o peso das evidências indica que os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência. Animais não humanos, incluindo todos os mamíferos e as aves, e muitas outras criaturas, incluindo polvos, também possuem esses substratos neurológicos”.

A observação sistemática do comportamento de vários grupos de chimpanzés permitiu verificar padrões de comportamento próprios de cada população, como as interações sociais, as motivações para os conflitos e os mecanismos de apaziguamento, o cuidado parental, as estratégias de reprodução, as expressões corporais e o uso de ferramentas, concluindo-se que cada grupo é composto por culturas diferentes (RAPCHAN, 2010).

O DNA dos chimpanzés comuns e pigmeu difere em cerca de 0,7% e eles divergiram por volta de três milhões de anos atrás. O DNA humano e dos chimpanzés possuem 98,4 % de semelhanças. Já o DNA dos gorilas é cerca de 2,3% diferente do DNA dos chimpanzés (DIAMOND, 2010). Evidências moleculares sugerem que nosso antepassado comum com chimpanzés vivia, na África, entre cinco e sete milhões de anos atrás, o que é pouco em termos de padrões evolutivos (DAWKINS, 1993). Logo o DNA humano é mais semelhante ao do chimpanzé do que dos chimpanzés com os gorilas.

Como tolir o direito básico a liberdade e a vida de um ser que comprovadamente possui tanta semelhança com os seres humanos como ocorre com os chimpanzés.

4 | DIREITO INTERNACIONAL

O Superior Tribunal de Justiça da Argentina sob a ótica de uma interpretação extensiva alude que:

“A partir de uma interpretação jurídica dinâmica e não estática, é preciso reconhecer aos animais o caráter do sujeito de direito, pois os sujeitos não-humanos são titulares de direitos, pelo que se impõe sua proteção no âmbito das competências correspondentes”

Na França a compreensão que se tem sobre os animais, o parlamento francês altera o Código Civil e os reconhece como seres sencientes. Animais têm sentimentos não devem ser considerados como coisas, portanto como têm sentimentos são passíveis de sofrerem abuso de direito (AVANCINI, 2015).

Em Portugal recentemente, houve o estabelecimento do estatuto jurídico dos animais, alterando o Código Civil, reconhecendo a sua natureza de seres vivos dotados de sensibilidade (LEI 8/2017).

Inglaterra em Julho de 2012, durante o Francis Crick Memorial Conference on Consciousness in Human and non-Human Animals, Universidade de Cambridge. Stephen Hawking estava presente, quando assinou a declaração.

Já nos EUA, os tribunais têm considerado os animais com direitos e dignidade. O tribunal de San Francisco sentenciou que os golfinhos e baleias fossem libertados do cativeiro a fim de viverem em um ambiente natural.

Talvez não se perceba o significado ideológico dessas decisões que reconhecem os animais como pessoas que, embora não humanas, têm dignidade, na medida em que dotados de sentimentos.

5 | DIREITO BRASILEIRO

A legislação brasileira teve seu marco inicial nas questões ambientais com o Decreto nº 16.590 de 1924, protegendo os animais contra maus tratos e crueldade. Após, houve o Decreto nº 24.645 de 1934⁴, o qual permanece parcialmente em vigor, assegura que os animais são sujeitos de direito, uma vez que o Ministério Público e membros da sociedade protetora dos animais podem assisti-los em juízo na qualidade de substituto legal, regulamentou trinta e um tipos de maus tratos e crueldade aos animais, surgindo assim um interesse jurídico com relação à proteção dos animais (RODRIGUES, 2008).

A Constituição de 1988 em seu artigo 225 protege os animais e o meio ambiente. Tagore (2005) propõe que a Constituição demonstrou o reconhecimento do valor inerente a formas de vida não humanas, através da proteção contra a ação do homem, insinuando uma oposição de uma percepção meramente instrumental da vida animal, constrariando o disposto da classificação do Código Civil.

Além da Constituição Federal há a Lei 9605 de 1998, o qual dispõe sobre os crimes ambientais, trazendo inovações modernas e surpreendentes no combate aos crimes relacionados ao meio ambiente.

6 | AS TEORIAS

6.1 Teoria Antropocêntrica

No direito brasileiro, assim como em muitos países, consideram os animais como coisa, semoventes, propriedade de alguém. As origens desse pensamento provem da ideia antropocêntrica, o qual coloca o homem como o centro do universo.

O antropocentrismo é proveniente de posições racionalistas de filósofos como Kant e Descartes, o qual considera a razão um atributo exclusivo do ser humano (KURATOMI, 2011). Destarte, a sociedade entende que o meio ambiente deve ser exclusivo para a satisfação das necessidades humanas, não havendo uma reflexão

4. BRASIL. **Decreto Nº 24.645, DE 10 DE JULHO DE 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm> Acesso em 05.jan.2018

na questão moral que o envolve.

A partir desse pensamento, houve o surgimento do especismo, o qual dispõe que os seres que não pertencem à espécie humana podem ser livremente explorados ou que, pelo fato dos animais serem menos inteligentes, seus interesses não devem ser considerados no mundo jurídico. Esse princípio implica na não preocupação com os outros seres em razão de suas aptidões ou características físicas.

Peter Singer⁵ (2008) conclui que o especismo é um preconceito ou atitude de favorecimento dos interesses dos membros de uma espécie em detrimento dos interesses dos membros de outras espécies.

6.2 Animais como seres sencientes

Muitos autores buscaram a definição de senciência quando se trata dos animais, tentando comparar aspectos humanos com o de animais para se considerá-los como seres sencientes (SANTOS, 2017).

Bentham⁶ afirma que a capacidade dos animais não humanos de sentir dor é característica para atribuir senciência a eles, bem como garantir-lhes o status de sujeito de direito. A mesma premissa é utilizada por Gary Francione⁷ (2013), pois não há motivo para o direito não defender os animais conhecendo o seu sofrimento.

6.3 Abolicionismo

O abolicionismo não admite que os animais sejam instrumentos dos humanos, a crença é que os animais possuem um valor inerente, por sua condição de sencientes, sujeito-de-uma-vida, ser autônomo ou possuir vida mental complexa, ainda possuem moral.

Tom Regan (2004) a fim de corroborar sua tese em sua obra *Jaulas Vazias* sustenta a tese do sujeito-de-uma-vida o qual percebe que através das suas crenças, desejos, consciência e senciência o ser se torna único (TRINDADE, 2011).

Entretanto, atualmente quando colide-se um interesse humano com não humanos os direitos do segundo são totalmente excluídos em face do interesse do primeiro. Os interesses econômicos preponderam sobre os interesses do meio ambiente gerando inúmeras consequências aos animais, e num futuro malefícios ao próprio homem. O direito ambiental foi idealizado para o bem do homem tendo nele impregnado o antropocentrismo; conforme as palavras do Paulo de Bessa Antunes (2014)

5. Peter Albert David Singer é um filósofo e professor australiano, professor na Universidade de Princeton, nos Estados Unidos. Atua na área de ética prática e fundou o Centro para Bioética Humana. Seu livro *Libertação Animal* teve grande influência na causa dos animais.

6. Jeremy Bentham, foi filósofo e jurista, inglês, o criador da filosofia política conhecida como utilitarismo

7. Gary Francione é estadunidense, bacharel em direito pioneiro da teoria abolicionista. Ele tem os importantes títulos acadêmicos de Distinguished Professor de Direito.

“O Ser Humano, conforme estabelecido em nossa Constituição e na Declaração Rio – embora essa não tenha força obrigatória –, é o centro das preocupações do Direito Ambiental, que existe em função do Ser Humano e para que ele possa viver melhor na Terra”.

6.4 Autonomia

Importante defensor do direito dos animais é o advogado Steve Wise⁸. Ele contribuiu para a inserção dos animais nas normas jurídicas adotando o critério da autonomia a fim de garantir os direitos fundamentais dos animais. O autor analisou sobre a similaridade entre a mente dos bonobos (“chimpanzé pigmeu”) e chimpanzés, se aproximando de sobremaneira do Projeto Grandes Primatas, concluindo que não há uma definição e classificação quanto aos graus de consciência. (SANTOS, 2017). O autor classifica autonomia como o sujeito capaz de desejar, intencionalmente tentar alcançar seus desejos, e ter uma noção de si suficiente para distinguir o si do ambiente e identificar-se como aquele que deseja

6.5 Vida Mental complexa

Tese apresentada nos tribunais brasileiros por Heron José Santana Gordilho⁹ ressalta que os animais por terem uma vida mental complexa evidente que seriam sujeito de direitos, suas conclusões são baseadas na teoria de Darwin.

O autor, ao analisar a forma como o direito processual tutela os direitos dos entes despersonalizados, conclui que quando a legislação permite, é possível tutelar os animais enquanto sujeitos de direitos despersonalizados (GORDILLO, 2012).

7 | DAS FUNDAMENTAÇÕES JURÍDICAS

Peter Saladin foi determinante para a mudança de status dos animais na Suíça apresentando três princípios éticos: a) princípio da solidariedade (justiça intrageracional); b) princípio do respeito humano pelo ambiente não-humano (justiça interespecies); c) princípio da responsabilidade para as futuras gerações (justiça intergeracional). O autor interpreta que o ser humano deve estar em harmonia com todas as formas de vida por estar inserido no meio natural (SARLET, 2007).

Os direitos quanto a vida, a liberdade, a igualdade são bens da vida, pelos quais ao longo da história da humanidade foram inseridos pela própria necessidade humana. Tratam-se de direitos revestidos pela inalienabilidade, imprescritibilidade

8. Steven M. Wise professor americano especializado em questões de proteção animal, primatologia e inteligência animal. Ele leciona direitos dos animais na Harvard Law School, Vermont Law School, John Marshall Law School, Lewis e Clark Law School e Tufts University School of Veterinary Medicine. Ele impetrou o Habeas Corpus a favor de vários primatas não humanos. Fundador e Presidente da organização civil Nohuman Rights Project.

9.b Heron Gordilho tem se destacado, em âmbito nacional, na luta pelos direitos animais. Ele foi o primeiro pesquisador a escrever, no Brasil, tese de doutoramento em Direito Animal com o título Abolicionismo Animal. Promotor de Justiça do MP/BA, impetrou o Habeas Corpus a favor da chimpanzé Suíça.

e irrenunciabilidade (BRITTO, 2010).

7.1 Pessoa na ordem jurídica

Conforme Migliore (2012), a legislação não destacou um rol taxativo para o conceito de pessoas, consecutivamente pode-se inferir que o conceito de pessoas deve-se com a evolução. Uma classificação adequada dividiria as pessoas em humanas, não humanas e jurídicas.

Kelsen diferencia o conceito de homem e pessoa, sendo o primeiro conceito de biologia e da fisiologia. Pessoa como definição da jurisprudência, da análise das normas jurídicas. Por conseguinte, nem toda pessoa é ser humano, bem como toda pessoa possui interesses, ao contrário das coisas que são objeto de interesse.

Francione (1993) afirma que alguns podem argumentar que o conceito de personalidade jurídica não pode ser estendido a qualquer coisa, exceto a pessoas humanas. Na verdade, é a visão comum que os humanos têm personalidade jurídica e que apenas os seres humanos podem ser pessoas. Um breve exame da doutrina legal, no entanto, demonstra que essa visão é incorreta. Nem todos os seres humanos são (ou foram) considerados pessoas, e nem todas as pessoas jurídicas são humanas”.

7.2 Capacidade

Considerando que os absolutamente incapazes e os deficientes mentais muitas vezes não compreendem adequadamente, entretanto não são desconsideradas quanto trata-se da defesa de direitos, quando nesse caso são nomeados representantes, para que sejam resguardados os seus interesses.

No mesmo sentido, Edna Cardoso Dias (2005) propõe que mesmo que os animais não tenham capacidades para estarem em juízo, o Ministério Público e a coletividade por previsão constitucional devem representá-los. Mesmo que os animais pleiteiem os seus direitos mediante o instituto da representação, são sujeitos de direito dotados de personalidade, como também ocorre com os seres incapazes.

7.3 Princípio da Igualdade

O Princípio da Igualdade tem como premissa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade. Esse princípio é fundamental para entendermos que os animais estarão em hipossuficiência perante ao agente que inflige o sofrimento, uma vez que o animal consegue se expressar de maneira comportamental e não por meio de linguagem oral inteligível aos humanos.

Para Tom Regan, o princípio da igualdade deve ser mensurado a partir da inclusão do animais não humanos no ordenamento jurídico, sob o risco da própria igualdade humana não ser respeitada, haja vista configurar a relativização desse

princípio (OLIVEIRA, 2004).

7.4 Direito à Liberdade

A liberdade é anterior à Sociedade, ao Direito e ao Estado. Canotilho (1997) leciona que há um caráter atemporal e universal deste direito fundamental.

Muitos são os direitos fundamentais, contudo a liberdade por estar vinculada a vários outros direitos até mesmo o direito à vida trata-se um direito precioso a dignidade humana. Conforme Noberto Bobbio (1992)

“Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todos”.

Historicamente a ausência de liberdade foi associada a escravidão ao qual as pessoas eram consideradas coisas, que poderiam ser exploradas, sem qualquer espécie de ônus ao autor que conduziu o ato (KURATAMI. 2011).

Através das revelações de Ruth Harrison sobre a exploração dos animais nos meios de produção foi desencadeado estudos sobre o comportamento e bem-estar animal. Como resultado dessas constatações foi criado o Farm Animal Welfare Council¹⁰, o qual concluiu que o animal necessita das liberdades, quais sejam: Estar livre de fome e de sede; estar livre de desconforto; estar livre de dor, doença ou injúria; ter liberdade para expressar os comportamentos naturais da espécie; estar livre de medo e de estresse

Indubitavelmente, os animais têm o direito à Liberdade, não podendo o direito eximir-se sem achar uma solução. Importante ressaltar que animais com restrição de liberdade extrema desenvolvem perturbações psicológicas como canibalismo, automutilação, comportamentos bizarros (REGAN, 2002).

A privação da liberdade dos animais não humanos impescinde de Habeas Corpus, haja vista que o animal em sofrimento não pode esperar para ter seu equilíbrio restabelecido.

7.5 Direito ambiental

A necessidade de estabelecer um balanço equilibrado entre desenvolvimento social e ambiental no que tange a qualidade de vida das presentes e das futuras gerações faz nascer no horizonte próximo o Estado Socioambiental e Democrático de Direito (MOLINARO, 2008). Nesse Estado, um princípio nuclear tem sede no direito fundamental à vida e a manutenção das bases que a sustentam, ou seja, um ambiente equilibrado e saudável concretizará a dignidade da pessoa humana e a

10. O Comitê de Bem-Estar dos Animais de Fazenda (FAWC) é um órgão consultivo independente criado pelo Governo da Grã-Bretanha em 2011.

vida (MEDEIROS, 2013).

7.6 Habeas Corpus

Previsto desde a Constituição de 1891, esse remédio constitucional foi utilizado por Rui Barbosa tanto no direito penal como no cível. Muitas vezes o *writ* não atingiu sua eficácia, contudo modificou os paradigmas como quando o abolicionista Luiz Gama ingressou com um *Habeas Corpus* em favor do escravo Caetano Congo, que havia sido preso em São Paulo por fugir de uma fazenda. Embora o escravo ter sido devolvido ao seu proprietário, em sequência ao fato foi proibido o tráfico de escravos, além do enfraquecimento do modelo escravocrata (GORDILHO, 2012)

O *Habeas Corpus* previsto tanto na Constituição Federal no artigo 5º como no Código do Processo penal, é o remédio que garante a liberdade, o direito de ir e vir, quando ocorre o abuso de direito ou a ilegalidade. É uma ação do povo, pois qualquer pessoa ajuizar a fim de defender seu direito ou de terceiros.

Conforme Nucci (2017), o *Habeas Corpus* tanto pode ser impetrada contra ato de autoridade coatora como também contra abuso de particular, podendo ser impetrado tanto como forma libertária como preventiva, por sua celeridade se diferencia de outros processos que visem a garantir o direito à liberdade por ato ilegal ou inconstitucional. Conforme aponta Nucci (2017)

“a análise das condições da ação de Habeas Corpus deve ser feita de maneira mais flexível do que uma ação diversa. A dúvida deve favorecer o impetrante e o paciente, jamais o próprio Estado”.

O *Habeas Corpus* relacionando às próprias condições de existência do processo, conclui-se que mais uma vez a liberdade tanto vista no enfoque da Constituição como do Código do Processo Penal, prevê que a liberdade é regra devendo ser aplicada para aquele que dela a necessite podendo ser aplicada de forma extensiva, nada restringindo sobre a questão dos animais não humanos.

O que impede de fato é uma classificação civilista que infere que primatas não humanos como bens suscetíveis de apropriação, mas ao olhar ao fundamento maior do Código do Processo Civil é de que este Código tem o condão de tratar das relações patrimoniais, sendo o cenário da riqueza e na verdade são a Constituição Federal e o Código de Processo Penal que tratam da liberdade e do *writ*, sendo em nenhum momento a impetração da ação ser proibitiva para animais não humanos.

7.7 Habeas Corpus – Grandes Primatas

O *writ* está sendo recentemente impetrado para primatas não humanos, visando a libertar esses animais das condições desumanas a que são submetidos de forma arbitrária. Como se reconhece nesses animais autonomia, sentiência e necessidade de convivência com os seus pares tornou a clausura uma tortura para

esses animais, com a indispensabilidade da sua liberdade promovida pelo judiciário.

Segundo o psicólogo alemão Wolfgang Köhler (1999), o comportamento de um chimpanzé isolado não é autêntico, pois ele depende do seu semelhante para desenvolver o seu comportamento.

A impetração do remédio constitucional depende da interpretação extensiva da palavra “alguém” no caso de *Habeas Corpus* para os Grandes Primatas a fim de garantir-lhes seus direitos fundamentais. A Constituição só garante a alguém a garantia do Habeas Corpus, quando se remete a alguém define-se a pessoa que nos impõe ser moral ou jurídico ou indivíduo e essa consideração não deve ser dada somente aos humanos (GORDILHO, 2008).

Conforme o artigo 3º do Código do Processo Penal, a interpretação do Código de Processo Penal deve ser extensiva para a sua aplicabilidade, desta feita o *Habeas Corpus*, ação autônoma descrita no artigo 647 do referido Código, deve seguir as interpretações nele presente, garantindo a ampliação da palavra alguém a fim de tutelar a liberdade daquele que está injustamente preso ou encarcerado seja animal humano ou não humano.

Outrossim, caso o legislador tivesse a intenção de restringir o direito dos legitimados para ingressar com o *Habeas Corpus* seria inserido a palavra pessoa humana e não o termo alguém.

Nos Estados Unidos, Brasil e na Argentina, o *writ* foi impetrado a favor dos chimpanzés com algumas derrotas nos Tribunais, serão expostos dois casos mais emblemáticos, cujo houve a mudança de paradigma.

7.7.1 Caso Suíça

Suíça chimpanzé enjaulada no zoológico de Salvador teve seu Habeas Corpus impetrado pelo promotor Heron José de Santana Gordilho (2012), sob argumento de que a chimpanzé tinha seu direito de locomoção restrito em uma estrutura pequena e com infiltrações na estrutura.

O magistrado admitiu o processo, citando o réu, entretanto o animal faleceu antes da decisão, sendo o processo extinto sem resolução de mérito por perda do objeto. Conclui-se que como o processo prosseguiu com a citação da autoridade coatora, entende-se que o juízo aceitou que a chimpanzé era sujeito de direito e por ser incapaz nesse ato foi representada pelo Ministério Público, constituindo em um precedente judicial histórico, tornando-se um marco judicial do direito brasileiro (GORDILHO, 2012).

7.7.2 Caso Cecília

Cecília, uma chimpanzé que vivia isolada, em local insalubre, no zoológico de Mendoza na Argentina. Diante dos fatos foi impetrado o Habeas Corpus pelo advogado Dr. Pablo Buompadre com o propósito de removê-la do zoológico para o Santuário de Grandes Primatas em Sorocaba/ SP.

A justiça argentina concedeu o *Habeas Corpus* em decisão inédita, resultando inclusive no transporte bem-sucedido da Argentina para o santuário de primatas no Brasil.

O Julgado de Garantias de Mendoza (2016) sustenta que Cecília pertence ao patrimônio natural, sendo que a preservação do patrimônio natural e cultural e o direito a qualidade de vida constituem o direito do ambiente que é de incidência coletiva com o interesse de toda a comunidade. Um chimpanzé não pode ser objeto de diversão, cobaia ou mera exibição, pois são seres racionais e emotivos, devendo ter seus direitos fundamentais garantidos.

Por conseguinte, a Argentina modificou seu entendimento a respeito dos animais, deixando precedente importante para que os animais em vez de seres semoventes sejam sujeitos de direitos.

8 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a evolução das pesquisas científicas, verifica-se que os animais não humanos possuem interesses, ao contrário do que ocorre com as coisas, que simplesmente são utilizadas. No entanto, os animais são objeto de violência arbitrária, em nome de interesses do ser humano. Portanto, como os direitos dos animais não humanos não estavam resguardados no que tange o direito a liberdade foi utilizado o instituto do *Habeas Corpus*.

Para um animal ter direito ao *writ*, ele necessita ser sujeito de direito, e a aceitação de uma mudança de paradigma foi necessária para se atingir os objetivos. Muitos doutrinadores utilizaram-se de critérios como a definição de pessoa para o direito, partindo de conceitos da hermenêutica extensiva; da capacidade de se estar em juízo; da não restrição quanto aos direitos fundamentais, sobretudo a liberdade; do comportamento sencientes do animal não humano; das legislações de direito ambiental e por muitas vezes as descobertas científicas, as quais apresentam divergências com o que está sendo aplicado no direito.

Alguns insucessos foram tidos no pleito desse instituto para animais não humanos. Entretanto, importante precedente jurisprudencial foi alcançado com o caso da chimpanzé Suíça e na Argentina uma decisão inédita concedeu o *Habeas Corpus* para a chimpanzé Cecília.

REFERÊNCIAS

- 3ER JUZGADO DE GARANTIAS. MENDOZA, MENDOZA **Presentación efectuada por A.F.A.D.A. respecto del chimpancé “Cecilia” - sujeto no humano.** 2016 Disponível em: <http://www.saij.gov.ar/3er-juzgado-garantias-local-mendoza-presentacion-efectuado-afada-respecto-chimpance-cecilia-sujeto-humano-fa16190011-2016-11-03/123456789-110-0916-1ots-eupmocsollaf?> Acesso 18 jan. 2018.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014
- AVANCINI, A. **Em decisão histórica França altera Código Civil e reconhece animais como seres sencientes** 2015 Disponível em: <https://anda.jusbrasil.com.br/noticias/166696161/em-decisao-historica-franca-altera-codigo-civil-e-reconhece-animais-como-seres-sencientes> Acesso em: 08.jan.2018.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. República Federativa do. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 05.jan.2018.
- BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional** . 1. ed. reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum , 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1997.
- CASTILHO, Fernando Moreno; MARTINS, Lilian Al-Chueyr Pereira. **As concepções evolutivas de Darwin sobre a expressão das emoções no homem e nos animais.** Revista da Biologia, nº 9, vol. 2, 2012
- DAWKINS, R. **Gaps in the Mind.** 1993. Disponível em: <http://www.animal-rights-library.com/texts-m/dawkins01.htm>. Acesso em: 31.jan..2018
- DIAMOND, Jared. **O terceiro chimpanzé. A evolução e o futuro do ser humano.** São Paulo: Record, 2010.
- BRASIL. República Federativa do. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 05.jan.2018>.
- BRASIL. República Federativa do. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei Nº 3.689, DE 3 De Outubro De 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm Acesso em 13.out.2019.
- DIAS, Edna Cardozo. **Os animais como sujeitos de direito.** Fórum de Direito Urbano e Ambiental, Belo Horizonte, ano 4, n. 23, set./out. 2005.
- FRANCIONE, Gary L. **Introdução aos Direitos Animais.** Campinas: Unicamp, 2013.
- FRANCIONE, G. L. **Personhood, property and legal competence.**1993 Disponível em: <http://www.animal-rights-library.com/texts-m/francione01.htm> Acesso em: 20 jan. 2018.
- GORDILHO, H. J. S. TRAJANO, T. T. A. **Habeas corpus para os grandes primatas** 2012 Disponível em: <https://tinyurl.com/y5yvfluxv>. Acesso em 20.jan.2018.
- GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo Animal.** Salvador: Evolução, 2008
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** 3ª ed., Tradução Luis Carlos Borges. São

Paulo: Martins Fontes, 1998.

KÖHLER, W. **The mentality of Apes**. London: Routledge. 1999.

KURATOMI, V.A **Os Animais Como Sujeitos de Direito no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2011 Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/326/3/20659048.pdf> Acesso em: 10 jan. 2018.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Meio ambiente: Propriedade e repartição constitucional de competências**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.

LOW, P. The **Cambridge Declaration on Consciousness** 2012. Disponível em: <http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf> Acesso em: 04.jan.2018.

MEDEIROS F.L.F; ALBUQUERQUE L. **Constituição E Animais Não-Humanos: Um Impacto No Direito Contemporâneo**. 2013 Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1845faa2957cb42b> Acesso em 15.jan.2018.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **Personalidade Jurídica dos Grandes Primatas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza **Habeas Corpus**; 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Gabriela. Dias de. **A teoria dos direitos animais humanos e não-humanos, de Tom Regan**. ethic@, Florianópolis, v.3, n.3, 2004.

PORTUGAL. **Lei 8**, de 3 de março de 2017. Diário da República, 1. série. n. 45 — 3 de março de 2017.

RAPCHAN, E.S. **Sobre o comportamento de chimpanzés: o que antropólogos e primatólogos podem ensinar sobre o assunto?**. 2010. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832010000100012>. Acesso em: 30 jan. 2018.

REGAN, T. **The case for animal rights**. 2004. Disponível: <<http://www.animal-rights-library.com/texts-m/regan03.pdf>>. Acesso em 18 jan. 2018.

REGAN, TOM **Jaulas Vazias**. Trad. Regina Rheda. Porto Alegre: Lugano, 2002.

RODRIGUES, Danielle Tetu. **O direito e os animais. Uma abordagem ética, filosófica e normativa**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

ROLLO, Sandro Cavalcanti. **O Habeas Corpus para além da espécie humana**. 2016. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

SARLET, INGO WOLFGANG, FENSTERSEIFER, TIAGO. **Algumas Notas sobre a Dimensão Ecológica da Dignidade da Pessoa Humana e sobre a Dignidade da Vida em Geral**. Revista Brasileira de Direito Animal – v. 2, n. 3, 2008.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Princípio de proteção animal na Constituição de 1988**. Revista de Direito Brasileira. São Paulo, ano 5. v.11, 2015.

INSEGURANÇA JURÍDICA TRAZIDA PELO STF NAS DECISÕES TOMADAS FORA DE SUA COMPETÊNCIA EM CONFLITO COM O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

Data de aceite: 23/03/2020

Larissa Regina Lima de Moura

Universidade Estácio de Sá – UNESA

Rio de Janeiro – RJ

<https://www.cnpq.br/cvlattesweb/>

PKG_MENU.menu?f_

cod=BA0783F122EF9BF8DA281117987DADCA#

RESUMO: O presente trabalho tem como objeto de estudo a insegurança jurídica causada pelo Supremo Tribunal Federal em razão das decisões tomadas em desconformidade com as competências constitucionalmente estabelecidas e com o sistema processual penal acusatório, bem como a direta afetação aos direitos e garantias fundamentais. Em especial, sob o prisma da instauração de investigação de ofício pela Corte, diante da notícia de possíveis *fake news* e ameaças a alguns dos ministros do STF. Assim, busca-se uma análise crítica de como o STF, na qualidade de guardião máximo da Constituição Federal, liga-se à efetividade da democracia, abordando os aspectos do autoritarismo e do ativismo judicial em contrapartida com o Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Insegurança Jurídica; STF; Ativismo judicial; *Fake news*; Estado

Democrático de Direito.

LEGAL INSECURITY BROUGHT BY THE SUPREME COURT ON DECISIONS TAKEN OUTSIDE ITS LEGAL COMPETENCE IN CONFLICT WITH THE ACCUSATORY CRIMINAL PROCEDURAL SYSTEM

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the legal insecurity caused by the Supreme Court due to decisions which are taken using the breach that exist between its constitutionally established competences and the accusatory criminal procedural system, as well as the direct affectedness to the fundamental rights and guarantees. Especially from the perspective of opening an *ex-officio* criminal investigation by the Court, in light of the news of possible fake news and threats to some of the STF ministers. Thus, it is required a critical analysis of how the STF, as the ultimate guardian of the Federal Constitution, is linked to the effectiveness of democracy, addressing the aspects of authoritarianism and judicial activism in contrast with the Democratic State of Law.

KEYWORDS: Legal insecurity; Judicial Activism; Supreme Court; *fake news*; Democratic State of Law

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a relação entre a efetividade da democracia e a supremacia da Constituição Federal em contrapartida com as atribuições constitucionais relativas ao STF, o qual ao insurgir como guardião máximo da Carta Magna e, posteriormente, não cumprir as atribuições ali estabelecidas gera uma conseqüente insegurança jurídica.

O tema assume significativa relevância no direito já que a inobservância dos preceitos constitucionais estabelecidos, como pretexto de proteção da Democracia, acabaria por concentrar o poder nas mãos do chamado “decisionismo judicial”, o que poderia acarretar, de modo gradativo e desapercibido, um poder arbitrário mascarado pela suposta proteção aos direitos e garantias constitucionais.

Ressalta-se, neste sentido, que a repartição de competências constitui um dos pressupostos para a busca de um Estado democrático, uma vez que busca a desconcentração de poderes a partir da divisão de funções e concessão de autonomia.

Ainda, há que se falar que apesar da discussão doutrinária acerca do sistema processual penal adotado no Brasil, existindo quem defenda a predominância do sistema acusatório ou, até mesmo, do sistema misto, ambos defendem a ideia do devido processo legal, o qual se adere à imparcialidade, consubstanciada na separação nas funções de acusar, julgar e defender, bem como na inércia jurisdicional.

Diante dos aspectos abordados, este trabalho tem como objeto analisar precipuamente, de forma crítica, a instauração de investigação de ofício pela Corte, diante da notícia de possíveis *fake news* e ameaças a alguns dos ministros do STF, bem como a adoção de outras medidas tomadas no curso no referido inquérito.

2 | O INQUÉRITO DAS *FAKE NEWS* E O PAPEL DE INQUISIDOR DE TOGA ADOTADO PELOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com o objetivo de apurar possíveis crimes contra a honra e ameaças proferidas contra os membros do Supremo Tribunal Federal – STF e seus familiares, o ministro Dias Toffoli determinou a instauração de investigação embasando-se no artigo 43 do Regimento Interno do STF, o qual dispõe:

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

Ademais, a partir de decisão do relator designado “ad hoc”, o ministro Alexandre Moraes, houve a retirada do ar de uma reportagem da revista *Crusoe* e do portal *O Antagonista*, a qual envolvia Dias Toffoli e Marcelo Odebrecht, delator da Lava-Jato, além da determinação de expedição de mandados de busca e apreensão nos supostos endereços de alvos no inquérito.

De fato, verifica-se uma expressa usurpação de competência do Ministério Público, uma vez que cabe a este deliberar sobre a existência de elementos de convicção necessários à instauração da investigação, conjuntamente com a polícia, que também possui competência para a apuração de infrações.

Em que pese o juiz não deva agir como mero expectador, deve ficar afastado da investigação preliminar e das atividades inerentes às partes, limitando-se a proceder de ofício apenas nos casos permitidos por lei a fim de evitar juízos de pré-julgamento.

Ressalta-se que apesar de o Brasil adotar o sistema processual penal acusatório ou, para alguns doutrinadores, o sistema processual penal misto, é possível observar, neste caso, um resgate implícito ao sistema inquisitório, que guarda como características o fato de as funções de acusar, defender e julgar se encontrarem nas mãos de uma única pessoa, que seria considerada como juiz inquisidor, comprometendo evidentemente a sua imparcialidade e não havendo que se falar no contraditório pleno, tendo em vista a incompatibilidade destas funções.

Ainda, observa-se a predominância do sistema inquisitório no que se refere ao uso de arbitrariedade como justificante da busca da legitimidade estatal, bem como pela figura do juiz ser dotada de amplos poderes de investigação e de produção de provas, tendo liberdade para determiná-las de ofício, ou seja, independentemente do requerimento do acusado ou acusação.

Por isso, a Procuradora Geral da República, Raquel Dodge, pediu o arquivamento da investigação, apontando a violação da separação dos poderes. Entretanto, foi negado pelo ministro Alexandre de Moraes, com fundamento de ausência de respaldo legal.

Nota-se, assim, a inobservância aos princípios federativo e da separação de poderes, fator de efetividade da democracia, contrapondo-se à distribuição de funções e à autonomia conferida aos entes, favorecendo a concentração de poderes.

3 | A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O SEU PAPEL NA GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, inciso IV que “é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato” e, no inciso XIV, que “é

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

Ainda, o mesmo dispositivo, em seu artigo 220, regulamenta 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”, bem como que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” e que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”, conforme disposto nos §§ 1º e 2º.

Assim, a liberdade de expressão surge como a faculdade de manifestar livremente as opiniões, as crenças e os juízos de valor, além de abranger o direito de informação, permitindo o acesso a diferentes discursos a fim de que se conheça a realidade e as suas margens de interpretações, fato que contribui para o desenvolvimento do pensamento crítico e permite que as informações sejam desvinculadas da interferência dos poderes.

Neste sentido, Mendes (2018, p. 390) expõe que a liberdade de expressão insurge como um instrumento que proporciona o funcionamento e a preservação do sistema democrático, tendo em vista que o pluralismo de opiniões se torna imprescindível para a formação de uma vontade livre.

No entanto, apesar de constituir um direito fundamental amplamente resguardado pela Constituição Federal, é possível observar a expressa violação no direito de voz do cidadão e, conseqüentemente, na dignidade da pessoa humana e na estrutura democrática do Estado, uma vez que o direito de acesso à informação foi restringido a partir de determinação de retirada de matéria que citava o próprio Ministro do STF e do bloqueio do acesso às redes sociais dos investigados, conforme citado no capítulo anterior.

Deve-se atentar à restrição excessiva e desproporcional à liberdade de expressão, já que acaba por instituir um poder arbitrário, ocasionando o esvaziamento do conteúdo dos direitos fundamentais e a desproteção do núcleo essencial dos indivíduos, o que ocasiona uma diminuição no poder de participação democrática, fato que se encontra em sentido oposto ao papel que se propõe, qual seja, balizar os excessos praticados pelo Estado.

Entretanto, não é possível dizer que se trata de um direito absoluto, podendo ser restringido pela Constituição, por lei infraconstitucional ou pelo juízo de ponderação, quando houver colisão de princípios fundamentais, verificando-se o mais adequado ao caso concreto.

Há que ressaltar, ainda, que o cargo ocupado, de pessoa pública, reserva o conhecimento de que as suas decisões irão provocar críticas, não sendo

proporcional ou sequer razoável a utilização da via judicial por mero desagrado pautado na discordância de seus julgamentos, sob pena de “inflar” ainda mais o Judiciário, contribuindo para a sua morosidade.

4 | MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO

O Código de Processo Penal, em seu artigo 240, regula o instituto da busca e apreensão e o condiciona à presença dos elementos apontados em seu artigo 243. Dessa forma, autoriza-se a violação da vida privada e da intimidade em razão de decisão devidamente justificada emitida pela autoridade judicial, de acordo com os procedimentos e as limitações impostas na própria Constituição Federal e legislação infraconstitucional.

Para que a medida esteja revestida de legalidade o mandado de busca e apreensão deve constar, de forma precisa, o local do objeto da busca. Busca-se, neste sentido, proteger o indivíduo contra as eventuais arbitrariedades cometidas pelo Estado.

No entanto, os mandados de busca e apreensão expedidos, direcionados aos supostos endereços de alvos no inquérito, também alcançaram a endereços não especificados, o que constituiria um mandado genérico e, conseqüentemente, acarretaria a sua ilegalidade, já que não observou os limites impostos na legislação.

A ilegalidade já foi reconhecida pela própria Corte no julgamento dos Habeas Corpus 144159 e 163461, nos quais o ministro Gilmar Mendes afirmou que “não pode haver mandado incerto, vago ou genérico”, votando pela ilicitude das provas obtidas.

Neste sentido preceitua Lopes Júnior (2017, p. 424):

“A indicação da casa ou local onde a busca será realizada é imprescindível. Não se justifica que a autoridade policial (ou o MP) postule a busca e apreensão como primeiro ato da investigação. Não se busca para investigar, senão que se investiga primeiro e, só quando necessário, postula-se a busca e apreensão.”

Ainda, possibilita-se uma seletividade no processo penal, no qual medidas são tomadas a partir de parâmetros frágeis e subjetivos.

Busca-se afastar, portanto, a possibilidade de uma valoração incerta e relativa, em consonância com o princípio da presunção da inocência, o qual consiste numa garantia processual penal que tutela a liberdade pessoal e evidencia a inocência presumida, sendo ônus do Estado a necessidade de comprovar a culpabilidade do indivíduo.

5 | ATIVISMO JUDICIAL

Em um Estado Constitucional Democrático, as funções desempenhadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicas entre si, como bem preceitua o artigo 2º da Constituição Federal.

Essa separação de poderes surge com o fim de concretizar os valores e fins constitucionais, uma vez que age como limitador das arbitrariedades e proporciona a fiscalização mútua, evitando a concentração no exercício do poder.

No entanto, em contrapartida com o equilíbrio necessário que deve ser observado, o Poder Judiciário tem ganhado destaque a partir de seu comportamento positivo frente ao âmbito dos demais poderes, intitulado como meio de garantir a supremacia da Constituição.

Importante ressaltar, antes de adentrar na explanação, a diferença existente entre a judicialização e o ativismo judicial, pois apesar deste ser uma consequência daquele, são fenômenos distintos. A judicialização caracteriza-se pela insuficiência dos demais poderes, ocasionando a transferência ao Poder Judiciário a fim de assegurar a efetividade de direitos, dotados de repercussão social ou política, consubstanciado pela inafastabilidade da tutela jurisdicional. Já o ativismo judicial caracteriza-se pela atuação proativa do judiciário no que tange à interferência na atuação dos outros poderes.

Neste sentido, Barroso expõe em seu artigo “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”:

“A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”

Entende-se, portanto, que o controle de constitucionalidade provocou ascensão do Judiciário, primordialmente do STF, tendo em vista a competência para realizar interpretações normativas.

Já Ramos (2010, p.129) preceitua:

“Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual pode

ter o produto da legiferação irregularmente invalidade por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.”

Desta forma, diante da ampliação de sua atuação, torna-se necessário delinear o rumo que tem tomado a discricionariedade por aqueles que a aplicam e o seu eventual cumprimento nos limites legais estabelecidos, com enfoque no Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, é essencial que a atuação do Judiciário se limite ao próprio ordenamento jurídico, devendo observar, no seu exercício, a separação de poderes, a dignidade da pessoa humana, a motivação, a justiça, o devido processo legal e a concretização dos direitos constitucionalmente positivados.

Assim, destaca-se o Supremo Tribunal Federal, o qual assume o papel de guardião da Constituição, conforme o artigo 102 da Carta Magna, servindo como última instância para causas de grande impacto, de modo que a sua atuação deve estar direcionada a salvaguardar o cumprimento dos preceitos fundamentais, agindo dentro das atribuições designadas.

No entanto, não se pode admitir o pretexto da plena efetivação destes direitos como margem para assumir uma posição totalitária, subtraindo-se a democracia e dando espaço ao autoritarismo, pois haveria, neste sentido, um esvaziamento da participação do povo através de seus representantes eleitos.

Monteiro (2010, p. 170) cita que a falta de participação política, já que o povo não elegeu os magistrados, a alienação popular, o “clientelismo” tendo em vista que o acesso ao judiciário não é de amplo acesso a todos, o enfraquecimento dos poderes constituídos e a ausência de critérios objetivos seriam alguns aspectos negativos causados pelo ativismo judicial.

Neste sentido, a investigação realizada fora do contexto democrático, ou seja, realizado por instituição que não possui atribuição prevista expressamente em lei, em afronta ao princípio da separação de poderes, permite-se levantar a questão de “quem controla o controlador?”.

As decisões tomadas sem a mínima atenção aos dispositivos constitucionais por parte de quem deveria zelar pelo cumprimento dos direitos e garantias dos indivíduos, o guardião da Constituição, gera uma insegurança jurídica, indo em sentido contraposto à exigência objetiva da justiça.

Além disso, prejudica a previsibilidade e uniformização da intervenção penal, dando margem para abusos do poder estatal e proporcionando a incerteza do alcance dessa disposição, desamparando a confiança legítima depositada pela sociedade.

A não observância do princípio da inércia da jurisdição e da isonomia, do sistema processual penal acusatório e da separação de poderes, indo em contrapartida com

a normatividade jurídica em vigor, a qual foi prescrita e necessária para ordem social, dá espaço a um caos normativo, uma vez que se considera tão somente a qualidade da vítima e o seu prestígio e não o fato em si.

Evidencia-se, assim, o risco ao retrocesso dos direitos fundamentais adquiridos a partir do “decisionismo judicial”, uma vez que se concede a um único órgão o poder de deliberar, de acordo com parâmetros por ele próprio estabelecido, de forma a constituir um “Inquisidor de Toga”.

6 | CONCLUSÃO

Buscou-se provocar uma análise crítica em torno da atuação do guardião máximo da Constituição Federal e o seu impacto na sociedade, abordando o risco do ativismo judicial sob a égide do Estado Democrático de Direito, a partir do caso recente conhecido como “Inquérito das *fake news*”.

O tema demonstra-se importante a partir do momento que aborda a atuação fora dos limites constitucionais previstos por quem deveria ser salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais, violando a separação de poderes, a inércia da jurisdição, o devido processo legal, o sistema processual penal acusatório e atacando a liberdade de expressão.

Portanto, torna-se necessária sua abordagem a fim de que não passe despercebido ou sejam tidas como aceitáveis práticas incompatíveis e autoritárias consubstanciadas na concretização dos direitos e garantias fundamentais, ocasionando expresse risco à legitimidade democrática.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Revista Eletrônica de Direito e de Estado (REDE), Salvador, n. 18, abril/maio/junho 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitucao.htm> Acesso em: 24 dez. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 24 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF: 2ª Turma anula provas apreendidas em domicílios que não constavam do mandado judicial**. Brasília, 5 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/porta1/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=402524>>. Acesso em: 24 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**: atualizado até a Emenda Regimental n. 52/2019. Supremo Tribunal Federal. – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 24 dez. 2019.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. 2014. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

JR., Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro **Manual de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Juspodivm, 2018.

MACEDO F., MONTEIRO T., AFONSO J. **Alexandre manda PF fazer buscas em 10 alvos do inquérito das fake News**. Publicado no jornal Estadão em 16 de abr de 2019. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/alexandre-manda-pf-fazer-buscas-em-10-alvos-do-inquerito-das-fake-news/>>. Acesso em: 24 dez. 2019.

MEDEIROS, Fernanda Correia Lima Rodrigues. **Ativismo Judicial: uma análise sob a ótica da separação de poderes**. 2016. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF. 25 dez 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46704/ativismo-judicial-uma-analise-sob-a-otica-do-principio-da-separacao-dos-poderes/>>. Acesso em: 25 dez 2019.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

NETTO, P. R. **Entenda o Inquérito das ‘fake news’ contra o STF**. Publicado no jornal Estadão em 18 de abr de 2019. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,entenda-o-inquerito-das-fake-news-contra-o-supremo,70002795934/>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 129.

LEGALIDADE DA ADOÇÃO BRASILEIRA

Data de aceite: 23/03/2020

Kamilla Ceyça da Silva Lima

Graduanda em bacharel em direito da Faculdade de Colinas do Tocantins-FIESC/UNIESP, E-mail: kamilla.lima2525@hotmail.com

Kalyana Barbosa da Silva

Graduanda em bacharel em direito da Faculdade de Colinas do Tocantins-FIESC/UNIESP, E-mail: kalyanakah@gmail.com

Lucilene Medeiros Barbosa

Professora Esp. Em Direito da Família, orientadora do Artigo da Faculdade de Colinas do Tocantins-FIESC/UNIESP, E-mail: profa.lucilenemedeiros@gmail.com

Ana Leide Rodrigues de Sena Góis

Professora Mestranda: Coorientadora do Artigo da Faculdade de Colinas do Tocantins- FIESC/ UNIESP, E-mail: jttsena@hotmail.com

RESUMO: Adoção é a ação jurídica que cria, entre duas pessoas, uma relação onímoda, que resulta da paternidade e filiação legalizada, é um ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha, mas mais do que uma ação jurídica, é um ato de sentimento. Por criação legal, é concebida a paternidade, em que o titular de uma adoção é o legítimo pai, proporcionando os efeitos da filiação natural.

Efetuada a adoção, o adotado passa a ser efetivamente filho dos adotantes, em caráter irrevogável e de forma plena. A Constituição Federal de 1.988, art. 227, §6º, iguala os filhos adotivos aos de sangue, havidos ou não da relação do casamento. O ECA permite a adoção de qualquer menor, incondicionado de sua condição, visando sua segurança e bem-estar, principalmente se os seus direitos sofrerem ameaças ou violações. Uma das medidas de salvaguarda é o encaminhamento desse menor em família substituta. Como já dito, a adoção é irrevogável. Entretanto, se houverem maus tratos por parte dos adotantes os mesmos poderão ser exonerados do pátrio poder, como ocorreria se fossem os pais de sangue. No Brasil, é habitual um tipo de adoção, que é chamado de “adoção à brasileira” que se baseia em registrar uma criança em nome dos adotantes, sem o devido processo legal. Apesar da boa intenção esse ato prossegue sendo considerado crime e, portanto, merece ser estudado mais profundamente. Este tipo de adoção será melhor estudado ao longo deste trabalho, pois ainda é uma prática utilizada por casais brasileiros para fugir das filas de adoção, ou até mesmo, poder escolher a criança que irá ser adotada. É um tema ainda polêmico que, sem sombra de dúvidas, diz respeito a um dos

aspectos mais delicados das relações familiares que é a adoção.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família. Adoção. Adoção irregular. Relação socioafetiva. Filiação.

LEGALITY OF BRAZILIAN ADOPTION

ABSTRACT: Adoption is the legal action that creates, between two people, an omnipresent relationship, which results from paternity and legalized filiation, is a solemn legal act by which someone receives in his family, as a child, a stranger to him, but more than that a legal action, is an act of feeling. By legal creation, paternity is conceived, in which the holder of an adoption is the legitimate father, providing the effects of natural sonship. Upon adoption, the adoptee becomes effectively the child of the adopters, irreversibly and fully. The Federal Constitution of 1988, art. 227, §6, equates the adopted children with those of blood, whether or not the marriage relationship. The ECA allows the adoption of any minor, unconditional of their condition, aiming at their safety and well-being, especially if their rights are threatened or violated. One of the safeguard measures is the referral of this minor in a surrogate family. As already said, adoption is irrevocable. However, if there is abuse by the adopters, they can be exonerated from the fatherland power, as it would be if they were the parents of blood. In Brazil, a type of adoption, which is called “Brazilian adoption,” is based on registering a child on behalf of adopters, without due process. Despite the good intention this act continues to be considered a crime and therefore deserves to be studied further. This type of adoption will be better studied throughout this work, as it is still a practice used by Brazilian couples to escape the queues of adoption, or even to choose the child who will be adopted. A still controversial topic that undoubtedly concerns one of the most delicate aspects of family relationships is adoption.

KEYWORDS: Family Law. Adoption. Irregular Adoption. Socio-affective relationship. Membership

1 | INTRODUÇÃO

A discussão sobre a adoção começou a ser discutida no Brasil ainda no Código de 1916, em 1927, mas ganhou maior repercussão com a Carta Magna de 1988 e com o ECA (Estatuto da Criança e Adolescente) em 1990, os quais são projetos jurídicos de grande relevância no que diz respeito a celebração dos direitos humanos e fundamentais que vem sendo reivindicado por várias gerações de todas as sociedades que constituem a humanidade.

Tanto é verdade que as promulgações das Constituições em todo o mundo tiveram como base os anseios sociais, dentre elas pode se destacar a Constituição dos EUA, da França, do México e a de 1988 do Brasil como Cartas Magnas

democráticas. Lembrando, que no território brasileiro foram formulados vários textos constitucionais desde 1824, mas com maior caráter de cidadania é a do ano de 1988.

E adoção é um direito que pessoas podem ser pais adotivos e outras que podem ser filhos, ou seja, pessoas que nem se conhecem podem formar uma família com o intuito de serem felizes, pois estas buscam amor, carinho, solidariedade, cumplicidade e enfim doação mútua entre si.

Porém, o princípio de amor da adoção é uma ideologia de tempos recentes, pois nos primórdios as ideias variavam entre cumprir com dogmas religiosos e em outros momentos como direito de sucessão, e não como parentesco como funciona nos dias atuais que uma das exigências para a adoção é que as famílias assumam as crianças e adolescentes com sentimento de amor familiar, acrescentado de respeito, de compreensão e enfim de aproximação recíproca.

Nesta perspectiva, o presente trabalho faz um apanhado histórico da adoção, conceitua e frisa a importância da ação de adotar as crianças que são abandonadas pelos pais ainda bebês e que passam a morar em abrigos, ruas e enfim são jogados a própria sorte de sofrimento. Assim, a adoção pode ser considerada um dos ápices da fundamentação dos direitos humanos ou fundamentais por acolher os sujeitos nas suas necessidades.

2 | RESGATE HISTÓRICO

Segundo Diniz (2002), podemos afirmar que o surgimento da adoção se deu atendendo imperativos de ordem religiosa. A crença do homem primitivo em que os vivos eram governados pelos mortos levava-os a apaziguar com preces e sacrifícios os ancestrais falecidos para que protegessem os seus descendentes. É no culto aos mortos, exercido em todas as religiões primitivas, que se encontra a explicação e a expansão do instituto da adoção e o papel que ela desempenhou no mundo antigo.

Sendo a família unidade social, econômica, política e religiosa, a constituir um Estado dentro do próprio Estado, com autoridades dentro dos limites do lar, a adoção, nesse contexto, permitia integração, na família ao estrangeiro que aderira à religião doméstica. Gozava, portanto, o adotado, de uma espécie de naturalização política e religiosa. Comenta Diniz:

Sendo então uma espécie de naturalização política e religiosa, uma modificação de culto permitindo a saída de uma família e o ingresso em outra, a adoção garantiu o desenvolvimento pacífico do mundo antigo, sendo considerado um dos grandes catalisadores do progresso e da civilização. (DINIZ, 2002, p. 155)

A adoção no direito primitivo constitui, portanto, um eficaz meio de perpetuar a família e a religião doméstica, assim, mesmo ainda não existindo o testamento –

desconhecido pelo direito hindu e não levado em consideração ou proibido em Atenas até a época de Sólon e, em Esparta, até guerra do Peloponeso –, transferiam-se os bens familiares. A adoção também foi objeto de legislação nas cidades gregas. A Bíblia, o Código de Hamurabi e as leis de Manu já se referem à adoção.

Na Roma antiga, a adoção foi instituída para que se pudesse deixar herdeiros, mesmo numa época em que não havia testamento. Após o surgimento do testamento, a adoção veio exercer outras funções. Inicialmente, vinculava-se ao culto dos mortos, mas cristalizou-se e adquiriu, em seguida, importância política, sendo utilizada pelos imperadores para designarem seus sucessores. Assim, ela perde o instituto de direito privado e se transforma numa técnica de escolha dos futuros chefes do Estado.

No direito romano-helênico, a adoção perdeu sua função política e religiosa, limitando-se a consolar os casais estéreis. No direito canônico, a adoção não era reconhecida, a Igreja manifestava importantes reservas. Os sacerdotes a viam como um meio de suprir ao casamento e à constituição da família legítima e uma possibilidade de fraudar as normas que proibiam o reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos.

Na Idade Média, esse instituto sofreu grande retratação, sendo, em geral, desconhecido nos direitos costumeiros da Europa Ocidental. A estrutura da época medieval, fundada nos laços de sangue no seio da linhagem, opunha-se à introdução de um estranho nela, ou à ideia romana de filiação fictícia.

Na Alemanha, inicialmente, não se conhecia a adoção como forma de filiação. Ela tinha como finalidade instituir um continuador; o adotado obtinha o nome e as armas adotantes, entretanto, não gozava do vínculo de parentesco, não tinha, portanto, direito à herança do adotante, salvo disposição da última vontade ou por doação entre vivos.

O instituto da adoção, como filiação, só penetrou no direito germânico com a recepção do Direito Romano, sendo admitida para suprir a falta do testamento. Era, essencialmente, no dizer de (CHAVES apud SILVA FILHO, 1997, p. 25), “uma *adoptio in hereditatem*”, isto é, um ato destinado a realizar, por meio de atribuição do status de um filho, uma convocação hereditária do adotante (pacto sucessório).

A evolução da adoção entre os germânicos deu-se em três períodos: o primeiro correspondente ao direito primitivo, em que o povo era essencialmente guerreiro e buscava na adoção um meio de perpetuar o chefe de família para a continuação de suas campanhas bélicas. Nesse período, não se constituíam vínculos de parentesco entre adotante e adotado, como já exposto, que somente sucedia por ato de última vontade ou doação entre vivos; o segundo período sofreu influência do Direito Romano e dividiu-se em duas fases distintas: o período anterior à influência da Escola de Bolonha e, a partir dela, até o Código da Prússia (1794); e o terceiro

período, que vai do Código de 1794 ao atual Código Civil da Alemanha.

De acordo com os autores franceses, no século XVI, a adoção se limitava a conferir direitos sucessórios. Somente na Idade Moderna, a revolução Francesa propiciou o ressurgimento da adoção, por meio das reformas das instituições sócias.

Foi na França que a adoção ressurgiu, mediante decisão da Assembleia Legislativa, no ano de 1792, que determinou à sua comissão de legislação e incluí-la no plano geral das leis civis, entretanto, não foram regulamentadas as condições, formas e efeitos. Segundo Lisboa:

Foi graças à intervenção de Napoleão que o Código regulou a adoção, em seus Arts. 343 a 360, no entanto, a critérios rigorosos. A sua aplicação era restrita aos maiores de 50 anos de idade, por parte do adotante, não podendo estes possuir filhos nem descendentes legítimos; era necessário que o adotante fosse pelo menos 15 anos mais velhos que o adotado; exigia-se, também, que fosse dada assistência e fornecido socorro durante pelo menos seis anos ao adotado. (LISBOA, 1996, p.19).

O Código de Napoleão, com interesse do próprio imperador em adotar um de seus sobrinhos, ressuscitou o instituto da adoção na França, entretanto, ele só reconhecia a adoção em relação a maiores. Muito complexo e com normas rigorosas, pouca utilidade teve o Código, sendo de rara aplicação. Posteriormente, baixaram a idade exigida e facilitaram a adoção, permitindo o seu melhor desenvolvimento na sociedade moderna.

Em Portugal, o instituto da adoção foi pouco utilizado, tendo recebido o nome de perfilhamento. Este compreendia não só a adoção propriamente dita, “adoptio”, como a “obligatio” do Direito Romano.

Diferentemente do Direito Romano, o adotante só adquiria o pátrio poder se o adotado tivesse perdido o pai natural. Para que o filho pudesse suceder ao pai adotante, era preciso que se destruísse a ordem de sucessão, que a lei abrisse uma exceção, que só o príncipe poderia autorizar. Era a adoção um título de filiação, que servia para dispensar a prova desse fato nos casos em que era exigida, isto é, para pedir alimentos e suceder nas distinções gentílicas.

O Código Português de 1867 não acolheu o instituto, disciplinado no Código de 1966 nas modalidades: adoção plena, por meio da qual o adotado adquiria a condição de filho legítimo para todos os efeitos legais, salvo alguns necessários; e a adoção restritiva, que atribuía ao adotado e ao adotante os direitos e deveres estabelecidos em lei.

2.1 Conceito de adoção

Conceitos e definições dos institutos jurídicos normalmente são formulados pela doutrina e dizem respeito a uma determinada época e sistema em que se inserem. Nessa ação de formular conceitos, abrigam-se os doutrinadores em

características gerais que formam a adoção. Partindo de tal princípio, era de se esperar que não houvesse univocidade conceitual no que tange ao termo. Com relação à falta de uniformização dos conceitos, comenta Silva Filho:

É de se considerar, também que os conceitos jurídicos são formulados a partir de um sistema de normas determinadas incidentes sobre o certo instituto, considerando a produção de certos efeitos. Não é diferente com a adoção. O conjunto orgânico de regras aplicáveis, formando uma unidade, é que caracteriza o seu regime jurídico. Sendo viável o regime jurídico nas várias ordens jurídicas por consecutórios variados, também são os conceitos de adoção, mas geralmente aparece como ato gerador de um estágio. (FILHO, 1997, p.55).

Assim, com o passar do tempo e a evolução e modificação das legislações, o conceito de adoção sofreu significativas mudanças e variações. Embora a palavra derive do latim *adoptio*, que quer dizer dar a alguém o próprio nome ou pôr o nome em uma pessoa, em linguagem mais popular, assume o sentido de acolher alguém. Assim, no Direito Romano, de acordo com (COSTA, 1998, p. 47): “Adoção é o ato solene pelo qual se admite em lugar de filhos quem por natureza não o é” ou “adoção é o ato legítimo pelo qual alguém, perfilha filho que não gerou”.

Hoje, no direito brasileiro, podemos encontrar diversos conceitos de adoção. A definição de Beviláqua para o instituo é de que a adoção é um ato civil pelo qual alguém aceita um estranho, na qualidade de filho. (RODRIGUES, 2002, p. 380) entende que “a adoção é um ato do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha”. Discorda o dileto autor do vocábulo “aceita”, usado por Beviláqua, pois, segundo ele, o termo não reflete o comportamento do adotante, uma vez que parte dele, adotante, o desejo e a iniciativa do “negócio”.

3 | ADOÇÃO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Quando o assunto é adoção no Brasil, é possível observar que o mesmo já estava disposto no Código Civil de 1916, bem como no Código de Menores de 1927. Mas, a partir do advento da Constituição de 1988, com o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 (ECA), juntamente com o Código Civil de 2002, o tema ganhou uma conotação mais abrangente e preocupada com a efetiva defesa do melhor interesse de crianças e adolescentes.

O código de 1916 tinha como objeto maior de sua preocupação a defesa dos interesses patrimoniais, principalmente quanto às relações familiares. Durante a vigência desse código, o casamento refletia bem esses interesses, pois era colocado como prioridade em relação a outros tipos de constituição familiar, como no caso da união estável, a qual era passiva de discriminação.

Hodiernamente, prevalece na doutrina uma compreensão mais socializada

voltada para a despatrimonialização do direito e conseqüentemente uma legislação com uma função mais voltada para o social, tendo como escopo a busca por um equilíbrio dentro dessa questão. Com isso, verificam-se, no ordenamento jurídico, modificações inseridas em um contexto legislativo que, gradativamente, eleva os sujeitos de família à condição de existência na sociedade e com tal respeito a sua dignidade.

Com o advento da Constituição de 1988, a estrutura familiar ganhou uma conotação mais humanista e preocupada com o maior reconhecimento da dignidade de seus membros. A partir de sua promulgação, a Constituição vigente promoveu uma inovação dentro do nosso ordenamento jurídico, ao eleger o respeito à dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do sistema jurídico brasileiro.

Antes de analisar a eficácia desse princípio, é importante destacar que o ordenamento jurídico positivo é composto por regras e princípios. As primeiras de caráter mais impositivo, fechado, e as seguintes, de caráter mais abrangente, sendo diretrizes do sistema. O princípio constitucional possui grande importância para nosso ordenamento jurídico, como destaca Sarmiento (2000): “Se o direito não contivesse princípios, mas apenas regras jurídicas, seria possível a substituição dos juizes por máquinas”.

Esse princípio passa a valorizar o indivíduo integrante da instituição familiar como um ser possuidor de individualidade, o qual deve ser respeitado e atendido nas suas necessidades, principalmente as mais urgentes. Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana é colocada no ápice do nosso ordenamento jurídico e encontra na família a base apropriada para seu desenvolvimento. Com isso, percebe-se que as relações familiares possam ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe.

Como já mencionamos, a Constituição Federal de 1988 marcou uma nova época no ordenamento jurídico brasileiro, pois antes dela sempre se colocava em primeiro plano a organização do Estado, deixando o indivíduo em segundo plano. Agora essa nova carta direciona-se para o indivíduo inserido dentro da coletividade, contemplando os direitos individuais sem esquecer os direitos difusos e coletivos.

O artigo 1º da Constituição de Federal mostra que a República Federativa do Brasil é constituída pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito e tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

A Carta Magna de 1988 difere das anteriores por ter um caráter mais voltado para a valorização do homem, sendo considerada por alguns legisladores como antropocêntrica. Nesta linha de raciocínio, o legislador constituinte deu especial atenção aos direitos e garantias fundamentais, pois abordou inicialmente estes

temas, para depois pensar na organização do Estado.

Por outro lado, a família foi reconhecida como base da sociedade e recebe proteção do Estado, nos termos dos artigos 226 e seguintes, por ser considerado como local de formação da pessoa humana. Quando nos referimos à família, é importante salientar que a mesma não se constitui apenas com relações de sangue, mas, sobretudo, afetivas, traduzidas em uma comunhão espiritual e de vida. Nessa Carta, a família tem um papel de destaque por sua importância na formação do indivíduo, um dos objetivos do princípio da dignidade da pessoa humana.

Entendemos que o Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, plasmado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, demonstra uma nova ótica do Direito Constitucional e do Direito de Família, em especial.

Com o objetivo de ratificar a importância do que foi expandido, é importante destacar o pensamento do grande doutrinador constitucionalista Alexandre de Moraes sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana:

Concede unidade inerente aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes 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 sofrer limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2005, p. 16).

O novo modelo de proteção engloba todo o povo, contrariando o objetivo anterior que priorizava os interesses meramente particulares. Ratificando esse pensamento, citamos o posicionamento de Pelegri:

O Princípio da dignidade da pessoa humana surge como uma conquista em determinado momento histórico. Trata-se de tutelar a pessoa humana possibilitando-lhe uma existência digna, aniquilando os ataques tão frequentes à sua dignidade. (PELEGRI, 2004, p.5)

Esse princípio demonstra realmente nova realidade do direito constitucional e também do direito de família. A Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 caminham lado a lado e colocam a família sob proteção estatal, priorizando a individualidade de cada membro.

Muito embora alguns juristas classifiquem dignidade como um direito meta individual, onde a proteção deveria ser da coletividade, esse novo posicionamento, em primeiro momento, passa a contrariar essa ideia, pois busca a proteção individual em primeiro plano, mas, na verdade, asseguram outros tantos direitos e garantias. Carlos Roberto Gonçalves cita Gustavo Tepedino, que assim se posiciona:

A milenar proteção da família como instituição, unidade de proteção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. (TEPEDINO, s.d. apud GONÇALVES, 2005).

Já no pensamento de (DINIZ, 2002), o referido princípio constitui a base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente, e critica jurista, que, ante a nova concepção de família, fala em crise, desagregação e desprestígio, salientando que a família passa, sim, por profundas modificações, mas, como organismo natural, ela não se acaba e como organismo jurídico está sofrendo uma nova organização.

Outro que destaca a importância desse princípio é Silvio Salvo Venosa, que defende que a Constituição Federal de 1988 consagra a proteção à família, no artigo 226, compreendendo tanto a família fundada no casamento, como a união de fato, a família natural e a família adotiva. Assim, há muito tempo, diz o mestre, o país sentia necessidade de reconhecimento da célula familiar independentemente da existência de matrimônio.

Diante do exposto, chegamos à conclusão de que a Carta Magna vigente assume uma postura bem mais humanista, tendo principalmente como ponto de referência o Princípio da dignidade da pessoa humana, que assume papel fundamental na proteção da instituição familiar tanto de caráter biológico como afetivo.

Sabemos que, ao longo da história, vários casos de maus tratos a pessoas foram realizados, principalmente nos períodos de guerras. Genocídios de milhares, por vezes, mortos por intolerância à sua condição ética, religiosa ou mesmo orientação sexual, deixando órfãos alguns milhares de crianças. A partir daí os legisladores passam a refletir sobre a condução humana e buscam, dentro de um contexto ético, a valorização do ser humano.

Essa valorização é notória, principalmente quando observamos o art. 5º da atual Carta Magna vigente, que assegura o direito à realização do indivíduo nos seus aspectos subjetivos, tais como honra, liberdade, igualdade, etc.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo acerca do tema da colocação da criança ou adolescente em família substituta é importante, pois são muitas as situações no cotidiano jurídico, em que se depara com o impasse decorrente de tal exposição. O trabalho que se pretende desenvolver tem por fundamento o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à

liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Frente a estas questões, a intenção deste trabalho será, portanto, analisar quais as dificuldades e também as peculiaridades de um processo para a colocação de uma criança ou de um adolescente em uma família substituta. O ser humano, no início da sua vida, na infância e em certa fase da juventude, necessita de cuidados especiais. Precisa de quem o crie, o eduque, ampare, defenda, guarde e cuide dos seus interesses.

O homem criado nos padrões de uma família com educação e cuidado obterá uma formação mais elevada, pois tem fundamental influência na formação da sociedade como um todo, não se podendo dizer o mesmo com relação àquele que é criado em ambiente familiar desestruturado.

A família substituta, como o próprio nome diz, substitui a família natural, que é aquela na qual a criança ou adolescente tem direito de, prioritariamente, ser criada, educada no que tange aos princípios morais, e mantida, mesmo que apresentem carências financeiras.

Por esses e outros motivos, incentivar o culto da adoção é extremamente necessário para nosso país que possui altos índices de crianças abandonadas ou marginalizadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

COSTA, Tarcísio Jose Martins. **Adoção transnacional**: um estado sócio jurídico e comparativo da legislação atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DINIZ, M.H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 5. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Código Civil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002. 342 p.

ECA. **Estatuto da criança e do adolescente**. 3. ed. Brasília, DF: MS, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. VI, Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005.

LISBOA, Sandra Maria. **Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. **Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista Boni Juris, Curitiba, v. 16, n. 485, p. 5-16, abr. 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 27. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **Regime jurídico da adoção estatutária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MAR SEM FIM: DIVERSIDADE BIOLÓGICA E A PROTEÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL DOS OCEANOS

Data de aceite: 23/03/2020

Data de submissão: 31/12/2019

Letícia Kallás Oliveira

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Campinas – São Paulo

<http://lattes.cnpq.br/3473882995890353>

Márcia Brandão Carneiro Leão

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Campinas – São Paulo

<http://lattes.cnpq.br/8162095227005155>

RESUMO: Nos oceanos e mares encontra-se a maior parte dos seres vivos e da biodiversidade existente. Essa imensa área desempenha, desde a origem da vida humana, um papel essencial garantindo a vida e a estabilidade ambiental do planeta. O papel dos oceanos e mares é fundamental não só para os homens, mas, também, para todo o sistema planetário. Porém, essa importante área marinha está em constante ameaça devido a várias atividades humanas, como a sobrepesca, a poluição, a exploração dos recursos e o aquecimento global, sendo um problema de interesse e preocupação mundial. No presente estudo serão abordadas as soluções existentes para as ameaças

que os oceanos enfrentam, como tratados, convenções e leis, tanto no plano nacional como no plano internacional. Além disso, buscar-se-á entender a eficácia e a abrangência dessas medidas. Apesar de existirem vários meios de proteção, conclui-se que ainda falta muito para se alcançar uma proteção eficiente dos oceanos e mares, que, por sua vez, não são tratados com a devida importância pela maior parte da população mundial. A forma com que os governos enfrentam a crise dos oceanos não apresentou mudanças significativas nos últimos anos. Uma parte significativa dos ecossistemas marinhos continua sem nenhum tipo de proteção, e, hoje, a biodiversidade marinha já se encontra reduzida em 50%.

PALAVRAS-CHAVE: Oceanos, Biodiversidade, Proteção.

ENDLESS MAR: BIOLOGICAL DIVERSITY AND THE NATIONAL AND INTERNATIONAL PROTECTION OF OCEANS

ABSTRACT: In the oceans and seas we find most of the living beings and the existing biodiversity. Since the origin of human life, this immense area plays an essential role, ensuring the life and the environmental stability of the planet. The role of the oceans and seas is fundamental

not only for men, but for every planetary system. However, this important marine areas constantly threatened by several human activities, such as overfishing, pollution, resource exploration and global warming, being a problem of interests and a global concern. In the present study, we will address existing solutions to the threats facing the oceans, such as treaties, conventions and laws, both nationally and internationally. In addition, we will seek to understand the effectiveness and comprehensiveness of the measures. Although there are several means of protection, it is concluded that there is still much to be done to ensure efficient protection of the oceans and seas, which are not treated with due importance by the majority of the world's population. The way governments deal with the ocean crisis has not changed significantly in the last years. A significant part of the ecosystem remains unprotected, and marine biodiversity is now reduced by 50%. Could the next mass extinction have begun?

KEYWORDS: Oceans, Biodiversity, Protection.

1 | INTRODUÇÃO

Os oceanos cobrem cerca de 71% da área do planeta e fazem parte de 90% da área habitacional mundial. Os mares possuem uma diversidade de espécies maior do que a de ecossistemas terrestres, representando um patrimônio inestimável para a humanidade.

A sobrevivência da biodiversidade é, juntamente com os ecossistemas marinhos e costeiros, essencial para o bem-estar humano e, atualmente, vem sendo ameaçado por diversas atividades humanas. Devido a este fato, o presente estudo escolheu como tema “Mar sem fim: diversidade biológica e proteção nacional e internacional dos oceanos”.

O problema desta pesquisa se relaciona ao estado da biodiversidade nos oceanos e como ela está protegida do ponto de vista nacional e internacional. Além disso, quais seriam as soluções para tal problema? A resposta estaria arcada em diversas convenções, leis e tratados que serão vistos a seguir. A velocidade e a eficácia destas medidas são o problema a ser enfrentado. A maioria não é abordada de maneira eficiente, e, além disso, quanto maior o atraso nas suas aplicações, maior se torna a dificuldade de implementação.

O objetivo geral da presente pesquisa é compreender a efetividade das medidas nos planos nacional e internacional, dedicando uma maior atenção às áreas onde ocorre uma ameaça excessiva à diversidade biológica. Para tanto, a metodologia utilizada foi a dedutiva, partindo de situações gerais para situações particulares. Ou seja, primeiramente serão abordados os oceanos e suas legislações protetivas e, posteriormente, analisar-se-á o estágio de cumprimento das metas existentes, a efetivação de áreas de proteção e sua fiscalização, entre outros. Para isso foram

consultados materiais de acesso ao público em geral, como livros, convenções, trabalhos, leis, sites especializados e artigos.

Tratar-se-á, primeiramente, da proteção internacional da biodiversidade, abordando o Relatório Brundtland, a Rio92, a Agenda 21, a Convenção sobre Diversidade Biológica, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, e, por fim, a Rio+20, os ODM-Objetivos do Milênio e os ODS-Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável para o Milênio.

Posteriormente, a abordagem se concentrará na proteção nacional ao meio ambiente marinho, analisando importantes leis e normas brasileiras sobre o assunto (entre elas, a que regula o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e a Lei do Mar – Projeto de Lei nº 6969/13) bem como a sua efetivação em nossos mares costeiros.

2 | DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1 Proteção Internacional da Biodiversidade

“Vida selvagem” pode ser definida como formas de vida, animal ou vegetal que não dependem diretamente do homem. O maior perigo que tem pesado sobre ela é o de sua extinção, por efeitos da ação humana na natureza, seja como predador de espécies ou como destruidor dos habitats (SOARES, 2001, p.113).

O desaparecimento de uma espécie tem efeitos devastadores: o homem não conseguirá repô-la; e as pesquisas que tangem a cadeias genéticas, alimentares e ecológicas, bem como a aplicações da biotecnologia, estarão comprometidas (SOARES, 2001, p.113). Existem, devido a este cenário, diversas convenções internacionais que tratam a respeito da preservação em caráter geral e específico. O Brasil, infelizmente, não faz parte da sua grande maioria (SOARES, 2001, p. 114-116).

A Declaração de Estocolmo, realizada em 1972, consagrou um princípio que poderia resumir toda a política oculta nos tratados internacionais sobre preservação da vida selvagem bem como a atual intenção política dos Governos. Trata-se do Princípio 4:

O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio da flora e da fauna silvestres e seu habitat, que se encontram atualmente, em grave perigo, devido a uma combinação de fatores adversos. Consequentemente, ao planificar o desenvolvimento econômico deve-se atribuir importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres (ONU, 1972).

Tal declaração possui um total de 26 princípios de suma importância ambiental. Logo após, em dezembro de 1972, a Assembleia Geral criou o Programa das Nações

Unidas para o Meio Ambiente, o qual passou a coordenar os trabalhos da ONU pelo meio ambiente global. Suas prioridades atuais são os aspectos ambientais das catástrofes e conflitos, a gestão dos ecossistemas, a governança ambiental, as substâncias nocivas, a eficiência dos recursos e as mudanças climáticas (ONU, 2018). Já em 1983, Gro Harlem Brundtland, figura de enorme renome mundial, foi convidada para estabelecer e presidir a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento.

2.1.1 O Relatório Brundtland

Como mencionado no item anterior, em 1983 a mestre em saúde pública e ex-Primeira Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, foi convidada pelo Secretário-Geral da ONU para comandar a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento que, por sua vez, deveria aprofundar propostas mundiais na área ambiental (ONU, 2017). Em abril de 1987, a Comissão Brundtland publicou um relatório chamado “Nosso Futuro Comum” que tornou público o conceito de desenvolvimento sustentável. De acordo com o relatório Brundtland:

O desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades. (BRUNDTLAND, 1991, p. 46)

Na sua essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, o direcionamento dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão em harmonia e reforçam o atual e futuro potencial para satisfazer as aspirações e necessidades humanas. (BRUNDTLAND, 1991, p. 49)

Devido à atividade humana, os oceanos e as matas começaram a sofrer uma grande degradação. Assim, tal relatório propõe a busca do equilíbrio já que os oceanos sofrem demasiada superexploração, seja por atividades ligadas diretamente à vida oceânica ou por atividades fora do espaço oceânico, mas que interferem no equilíbrio oceânico.

A administração e a cooperação são extremamente importantes para o equilíbrio do ambiente natural do planeta. Segundo o Relatório Brundtland, a abordagem para tais ações deve ser feita por meio da cooperação internacional já que se podem sentir reflexos da degradação ambiental dos ecossistemas marítimos em todo o complexo oceânico. Como os estados nacionais são responsáveis pelas Zonas Exclusivas Econômicas¹, as medidas a serem enfrentadas devem combater as degradações principalmente fora dessas áreas.

1. “A zona económica exclusiva é uma zona situada além do mar territorial e a este adjacente, sujeita ao regime jurídico específico estabelecido na presente parte, segundo o qual os direitos e a jurisdição do Estado costeiro e os direitos e liberdades dos demais Estados são regidos pelas disposições pertinentes da presente Convenção” (CNUDM, art. 55, 1987). No tópico 2.1.5 – A CNUDM – Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, será analisada mais detalhadamente.

De acordo com o relatório (BRUNDTLAND, p. 298), as seguintes medidas seriam colocadas em prática para proteger os oceanos já em 1987: a) fortalecimento da capacidade de ação nacional, sobretudo nos países em desenvolvimento; b) melhoria da administração das zonas pesqueiras; c) reforço na cooperação dos mares regionais e semifechados; d) intensificação do controle sobre o despejo, nos oceanos, de rejeitos nucleares e perigosos; e) aperfeiçoamento do direito marítimo.

Em 1987 se pensava que, com tais ações e medidas, as nações industrializadas pudessem atingir um equilíbrio ambiental marítimo necessário à sobrevivência das espécies oceânicas bem como um equilíbrio ambiental do próprio planeta. O que se viu durante as duas décadas seguintes foi exatamente o inverso: a extinção de espécies marítimas, a poluição e o aquecimento das águas.

2.1.2 A Rio 92 e seus resultados

Devido à consciência popular em favor da preservação ambiental e os resultados alarmantes das pesquisas científicas sobre o nível de desequilíbrio do meio ambiente mundial, o tema da proteção ao meio ambiente humano se tornou uma questão alarmante e se aliou às discussões que ocorriam na época sobre a implantação de uma “nova ordem econômica internacional” (SOARES, 2001, p. 71). Nesse cenário, com a participação de 178 Governos e a presença de mais de 100 Chefes de Estado ou de Governo, realizou-se pela Organização das Nações Unidas, no Rio de Janeiro, entre os dias 1 e 12 de junho de 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – CNUMAD. Ela ficou mais conhecida como Rio 92 ou ECO 92 (SOARES, 2001, p. 76).

Os resultados da Rio 92 podem ser resumidos em: Declaração do Rio; adoção da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e da Convenção sobre a Diversidade Biológica; surgimento da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, da Agenda 21 e da Declaração de Princípios sobre as Florestas; e criação da Comissão para o Desenvolvimento Sustentável.

Durante dada conferência, os países decidiram empreender esforços políticos para a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (CNUDM) entrar em vigor. Apesar de ter sido firmada por vários países em 1982, a Convenção passou a vigorar somente em 1994 devido à influência e determinação dos países na Rio 92 (SÓRIA, 2002, p. 1).

Um dos resultados da Rio 92, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento guia as ações nacionais e internacionais que norteiam e visam ao desenvolvimento sustentável. Em seu princípio 3, a declaração diz que é preciso exercer o direito ao desenvolvimento de certa forma que atenda imparcialmente às necessidades de meio ambiente e desenvolvimento das gerações futuras e atuais.

Ou seja, é importante que as decisões humanas sejam cautelosas de modo a evitar que suas ações causem danos irreversíveis, irreparáveis e que possam causar um prejuízo futuro.

A Agenda 21, um programa para implementação do Desenvolvimento Sustentável, também será objeto de análise deste estudo.

Outro resultado importante da Rio 92, a Convenção sobre a Diversidade Biológica é um dos mais importantes instrumentos internacionais relacionados ao meio ambiente. Tal Convenção estabelece sua finalidade em seu art. 1º, a qual, em suma, é a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentada de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos.

2.1.3 A agenda 21, os oceanos e a biodiversidade marinha

A Agenda 21, um resultado da Rio 92, pode ser definida como “um instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis, em diferentes bases geográficas, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica” (MMA, 2017).

“A agenda” visa à elaboração das ações que devem ser executadas pelos Estados estabelecendo um programa global de política de desenvolvimento e de política ambiental. Ela determina quais condutas deverão servir de suporte para a cooperação bilateral e multilateral quanto às políticas de desenvolvimento, inclusive de financiamentos de órgãos internacionais relativas ao combate à pobreza, política demográfica, educação, saúde, abastecimento de água potável, saneamento, entre outros (SOARES, 2001, p. 83).

Incluído na abordagem da Agenda está o problema da poluição marinha, que objetiva a implantação do desenvolvimento sustentável, garante a soberania popular e efetiva a democracia participativa.

O Capítulo 17 do documento é reservado à proteção do meio ambiente marinho e é denominado de “Proteção dos Oceanos, de Todos os tipos de Mares – inclusive Mares Fechados e Semifechados – e das Zonas Costeiras, e Proteção, Uso Racional e Desenvolvimento de seus recursos vivos”. Este capítulo estabelece especialmente os direitos e as obrigações dos Estados e oferece a base internacional sobre a qual devem se apoiar as atividades voltadas para a proteção e o desenvolvimento sustentável do meio ambiente marinho (ONU, 2017, p. 231).

Determina-se, na agenda, que sejam criados meios para gerenciar e desenvolver o ambiente marinho e costeiro nos planos nacionais, sub-regional, regional e mundial sob o respaldo da precaução e antecipação relacionadas às áreas programas criadas. Com isso, foram criados programas a partir da Agenda 21

com o fim de concretizar o gerenciamento integrado e o desenvolvimento sustentável das zonas costeiras, zonas econômicas exclusivas e pequenas ilhas, bem como o uso sustentável e a conservação dos recursos marinhos vivos (VILELA, 2015, p. 21). Seu principal objetivo, neste aspecto, é a promoção do desenvolvimento sustentável, apresentando aos países a importância de proteger e conservar os recursos vivos do planeta a fim de evitar a sua escassez e preservar uma ampla biodiversidade. A agenda propunha um plano para delinear, até o século XXI, um projeto em direção a uma sociedade sustentável, incluindo, para tanto, a proteção dos oceanos e de sua biodiversidade.

2.1.4 A Convenção sobre Diversidade Biológica e a proteção da biodiversidade

A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) começou a vigorar, com 168 ratificações, em 29 de dezembro de 1993. Tem caráter de tratado², um instrumento aberto à adesão dos demais países do mundo e que conta hoje com 196 partes (CDB, 2018).

A CDB se trata de uma Convenção Quadro³ constituída sobre três principais bases estabelecidas em seu art. 1º: o uso sustentável da biodiversidade; a conservação da diversidade biológica; e a repartição justa e equitativa dos benefícios provenientes da utilização dos recursos genéticos. Ela engloba tudo o que se refere à biodiversidade, operando como uma chave para diversas outras convenções e acordos ambientais mais específicos (MMA, 2017).

A CDB estabelece áreas a serem protegidas. Porém, não indica qual a área que será protegida em cada país. Ela apenas dá as diretrizes para que cada país estabeleça suas áreas em legislação nacional. O principal objetivo de uma área protegida deve ser o da conservação da biodiversidade (sejam áreas marinhas ou terrestres). Trata-se de um dos mais importantes tratados ambientais da ONU. Em seu art. 8º, a Convenção determina a necessidade dos países (que dela fazem parte) de criarem, nos seus territórios, áreas de proteção que sirvam de abrigo para as diversas espécies nativas a fim de conservá-las.

Como estabelecimento da Convenção no plano global foram realizadas as Conferências das Partes, mais conhecidas como COP's, em que se abordam os

2. "Tratado" significa um acordo internacional regido pelo Direito Internacional e celebrado por escrito entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais; ou entre organizações internacionais, quer este acordo conste de um único instrumento ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação específica (ONU, 1986, p. 3).

3. Convenções-quadro "são textos normativos de finalidades precisas, mas com obrigações apenas indicadas, em que os Estados Partes delegam a órgãos especialmente instituídos, (seja a Conferência das Partes, seja outros órgãos técnicos, sob o controle desta, compostos de representantes dos Estados-Partes), a tarefa de complementar ou especificar as normas daqueles tratados e convenções, respeitada a moldura normativa estabelecida nos mesmos" (AMARAL JR., 2002, p. 218).

níveis de concretização das metas traçadas pela Convenção e são levantadas ações realizadas pelos países membros para atingirem o compromisso firmado (VILELA, 2015, p. 24). As principais COP's que incentivaram o tema do ecossistema marinho foram: COP 2, COP 4, COP 7, COP 10, COP 11 E COP 12 (VILELA, 2015, p. 25-28).

A COP 2 redirecionou a conservação e o uso sustentável das regiões costeiras e aprovou o Mandado de Jacarta sobre biodiversidade marinha e costeira.

Foram aprovados dois programas de trabalho na COP 4: um sobre a conservação e uso sustentável da biodiversidade marinha e costeira, e outro sobre a biodiversidade agrícola e florestal, suas divisões e medidas para implementação da CDB.

Na COP 7 foram planejados programas a respeito da biodiversidade de montanhas, áreas protegidas e transferência e cooperação tecnológica. Determinaram também que o Grupo de Trabalho sobre Acesso e Repartição de Benefícios realizasse negociações na esfera internacional levando em conta o uso sustentável dos recursos e adotando medidas que levassem em consideração a biodiversidade e o turismo.

Já na COP 10 foram aprovadas as Metas de Biodiversidade de Aichi e o Protocolo de Nagoya. As metas de Aichi são um Plano Estratégico para a Biodiversidade no período de 2010 até 2020. São várias as metas específicas e relevantes para as áreas marinhas em que são tratadas diversas questões como, por exemplo, o manejo e a captura sustentável dos estoques de seres vivos marinhos e o estabelecimento de níveis mais altos de proteção para as áreas costeiras e marinhas (SCDB, 2012, p. 3).

São 20 principais metas divididas em 5 objetivos estratégicos: tratar das principais causas de perda de biodiversidade; reduzir as pressões diretas sobre a diversidade biológica e promover o uso sustentável; proteger espécies, diversidade genética e ecossistemas a fim de melhorar a situação da biodiversidade; aumentar os benefícios de biodiversidade e serviços ecossistêmicos; e aumentar a implantação da gestão de conhecimento e capacitação (MMA, 2017). Em especial, a meta 11 de Aichi determina que pelo menos 10% das áreas marinhas e costeiras dos países deve ser conservado e protegido até o ano de 2020. Em relação à COP 11, discutiu-se o acesso e a repartição dos benefícios da biodiversidade e da conservação dos ambientes marinhos.

Na COP 12 foram tomadas diversas decisões acerca da biodiversidade marinha e costeira, discutiu-se seus impactos de ruído subaquático, revisaram progressos realizados na implementação das Metas de Aichi, entre outras atividades (CDB, 2017). No entanto, no que diz respeito à biodiversidade marinha é preciso destacar que a Convenção sobre Diversidade Biológica estabelece, em seu artigo 22, como os países devem proceder à sua implementação em conformidade com os direitos

e obrigações dos Estados decorrentes do Direito do mar. Faz-se imprescindível, outrossim, compreender um pouco melhor quais são as regras internacionais relativas ao direito do mar.

2.1.5 A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar – CNUDM

Resultado de uma ampla negociação internacional, incluindo 119 países e concluída em 1982, em Montego Bay/Jamaica, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar foi criada com o objetivo de solucionar as controvérsias relativas ao Direito do Mar. Buscou estabelecer um novo regime legal que alcançasse toda a dimensão dos mares e oceanos (MARTINS, 2014). A CNUDM intentou também, indiretamente e por meio da igualdade e justiça, o fortalecimento da segurança, paz e cooperação pacífica entre os países. O Brasil faz parte de tal convenção e concretizou seu compromisso por intermédio do Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990.

Enquanto questão ambiental, a CNUDM se propôs a estabelecer regras para determinar padrões ambientais e o cumprimento dos dispositivos que tratam de questões relativas à poluição do meio ambiente marinho. Conservar os recursos vivos, entender o meio marinho bem como a justa e efetiva utilização dos recursos naturais são também importantes objetivos da presente convenção (MMA, 2018).

O direito internacional deve amparar a questão da conservação e do uso sustentável dos oceanos e de seus recursos. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar abrange esse tema em seu preâmbulo:

Reconhecendo a conveniência de estabelecer por meio desta Convenção, com a devida consideração pela soberania de todos os Estados, uma ordem jurídica para os mares e oceanos que facilite as comunicações internacionais e promova os usos pacíficos dos mares e oceanos, a utilização equitativa e eficiente dos seus recursos, a conservação dos recursos vivos e o estudo, a proteção e a preservação do meio marinho (MMA, 2018).

A CNUDM, entre suas diversas definições, aponta o “domínio marítimo do Estado” como aquele que abrange algumas áreas. Quais sejam: águas interiores – as águas situadas no interior da linha de base do mar territorial (artigo 8); mar territorial – aquele que não ultrapassa 12 milhas marítimas a partir de linhas de base (artigo 3); zona contígua – aquela que não se estende além de 24 milhas marítimas a partir das linhas de base (artigo 33.2); zona econômica exclusiva – aquela que se estende além de 200 milhas marítimas das linhas de base (artigo 57); e, por fim, plataforma continental – aquela que compreende o subsolo e o leito das áreas submarinas que se estendem além do mar territorial até o bordo exterior da margem continental, ou, então, até uma distância de 200 milhas marítimas das linhas de base se o bordo exterior mencionado não atingir essa distância (artigo 76.1). Além

disso, tal convenção estabelece o regime legal das águas que formam os estreitos utilizados para navegações internacionais, das ilhas e dos mares fechados. Conseqüentemente, o estabelecimento desses limites das áreas mencionadas aumentou o território dos Estados costeiros e trouxe várias vantagens econômicas, políticas e ambientais.

A Zona Econômica Exclusiva, por ser uma das principais áreas tratadas na CNUDM, estabelece o artigo 61 para tratar acerca do direito soberano dos Estados costeiros de exploração, aproveitamento conservação e gestão dos recursos naturais. Pretende, também, regular de forma significativa (nos artigos 61 e 62) a captura de recursos vivos para que esta não seja praticada de forma excessiva e, conseqüentemente, ameaçadora. Os Estados devem seguir estes regulamentos com o propósito de se obter uma maior conservação dos recursos naturais, evitando, assim, uma exploração exagerada.

Os fundos marinhos, bem como seus recursos (denominados pela Convenção de “Área”), pertencem ao domínio internacional dos oceanos. A CNUDM declara que são considerados patrimônio comum da humanidade. Sendo assim, existe uma autoridade internacional em relação à organização e controle das atividades em seu âmbito desde que para fins pacíficos (MARTINS, 2014).

Os deveres e obrigações das autoridades sobre a Área também estão expressos na CNUDM, que estabelece a criação de órgãos e autoridades (Autoridade dos Fundos Marinhos) para atuarem visando à melhor aplicação das normas ambientais e o controle de qualidade.

Em relação à proteção do meio ambiente, a CNUDM, em seu artigo 145, busca assegurar que a exploração de atividades que possam ocasionar danos ao meio ambiente seja executada com o menor prejuízo ambiental ao meio ambiente marinho.

Por seu turno, o alto-mar é de livre acesso para os países e as atividades nessa região são muito fracamente reguladas pela convenção, limitando-se a obrigações genéricas de conservação e à preservação da paz mundial. Com isso, pelo ponto de vista dos Estados, os mares e oceanos se tornaram um sujeito de direito digno de mecanismos protetivos e conservacionistas (VILELA, 2015, p. 37).

2.1.6 ODM e ODS

De uma reunião plenária de alto nível da Assembleia Geral 32, denominada cimeira do milênio e realizada em 2000, surgiu a Declaração do Milênio das Nações Unidas em que foram destacados os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – ODM (UNRIC, 2010).

Com o apoio de 191 nações, referido documento possuía oito objetivos

principais que deveriam ser alcançados nos 15 anos após a mencionada reunião. Estes objetivos são: acabar com a fome e a miséria; oferecer educação básica de qualidade para todos; promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; reduzir a mortalidade infantil; melhorar a saúde das gestantes; combater a Aids, a malária e outras doenças; garantir qualidade de vida e respeito ao meio ambiente; e estabelecer parcerias para o desenvolvimento (PNUD, 2016).

No mesmo sentido, de 13 a 22 de junho de 2012 foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (também conhecida como Rio+20). A Rio+20 recebeu esse nome por, principalmente, discutir e definir a direção do desenvolvimento sustentável nos próximos vinte anos (RIO, 2018). Teve como objetivo principal a renovação do compromisso político com o desenvolvimento sustentável, e, dela, surgiu um documento chamado de “O futuro que queremos” (no qual o Brasil teve uma importante influência como presidente do evento).

Em relação aos oceanos, a Rio + 20 aponta sobre a importância do uso sustentável da biodiversidade marinha e seus reflexos no desenvolvimento sustentável, pleiteando pela implementação dos compromissos expressos na Convenção do Direito do Mar por todos os países (MMA, 2012). Além disso, assumiu-se o importante compromisso de proteger e restaurar a saúde dos oceanos, preservando sua diversidade biológica para as gerações atuais e futuras, reduzindo, por fim, sua poluição. Outro compromisso fundamental é a eliminação da pesca fora de controle e da ilegal uma vez que retiram do mar um recurso natural essencial.

Podemos concluir que a Rio +20 foi de extrema importância uma vez que buscou suprir as lacunas existentes, em relação ao desenvolvimento sustentável e soluções alcançáveis pelos próximos 20 anos, tanto no espaço terrestre quanto marinho.

A ONU iniciou, a partir dos ODM, a elaboração do documento conhecido como Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – ODS (conhecido também como “objetivos globais” ou “agenda 2010”). São 17 objetivos e 169 metas relacionadas ao desenvolvimento sustentável que devem ser cumpridos até o ano de 2030.

Um assunto muito importante abordado nos Objetivos Globais é a conservação e a promoção do uso sustentável dos oceanos, mares e recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável.

Os ODS, primeira agenda universal para o desenvolvimento sustentável, chama a atenção para seu objetivo 14, o qual trata sobre a conservação e o uso sustentável dos oceanos, dos mares e de seus recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável. Nos vários pontos do objetivo 14, os ODS determinam metas e objetivos para se alcançar tal objetivo, e, em muitos deles, estabelecendo datas para o cumprimento.

O objetivo 14.1 estabelece que, em suma, até o ano de 2025 deve-se prevenir

e reduzir significativamente a poluição marinha de todos os tipos. Ou seja, é imprescindível que aconteçam a prevenção e a redução da poluição marinha para que se atinja o desenvolvimento sustentável.

Já o objetivo 14.2 determina que, para o ano de 2020, deve-se gerir de forma sustentável e proteger os ecossistemas marinhos e costeiros a fim de evitar impactos adversos significativos, inclusive por meio do reforço da sua capacidade de resiliência, tomando medidas para a sua restauração. Assim, ao menos, assegurar-se-á oceanos saudáveis e produtivos.

Outro problema grave em relação aos oceanos é a pesca, que, muitas vezes, é realizada de forma inadequada. Logo, a meta 14.4 propõe que até 2020 haja uma regulação para a coleta de peixes e que se acabe com a sobrepesca⁴ ilegal, não reportada, não regulamentada e as práticas de pesca destrutivas. A meta também propõe a elaboração de planos gestores com embasamento científico a fim de restaurar populações de peixes em um lapso temporal curto.

Além das pescas, um alerta também é voltado para as zonas costeiras e marinhas na meta 14.5 no sentido de que ocorra a sua conservação em pelo menos 10% - conforme estabelecido nas Metas de Aichi já mencionadas.

A proteção dos oceanos é tratada com grande abrangência pelos ODS no objetivo 14, que se estende até a meta 14.7, subdividindo-se ainda em 'a', 'b' e 'c'.

Devido à grande importância da conservação e do uso sustentável dos oceanos, muitos representantes de organizações de todo o mundo, bem como importantes chefes de Estado e de Governo, reuniram-se em Nova Iorque, de 5 a 9 de junho de 2017, na sede das Nações Unidas a fim de realizar a Conferência sobre os Oceanos e com o objetivo de apoiar a implementação do objetivo 14 (ONU, 2017).

Oceanos saudáveis colaboram diretamente para a extinção da pobreza, água potável, energia renovável, segurança alimentar, saúde, meios de subsistência sustentáveis e trabalho decente, crescimento econômico e regulação climática (ONU, 2017).

2.2 Proteção Nacional do meio ambiente marinho

O mar e a zona costeira de todo o mundo constituem áreas fundamentais de desenvolvimento econômico e social. Por isso se deve ter um cuidado maior em relação às suas questões ambientais. A área marinha brasileira corresponde a mais da metade do território terrestre: são 8.500 km de costa e 4,5 milhões de km², incluindo a plataforma continental (SODRÉ; GRANZIERA; GONÇALVES, 2012, p. 7).

A costa brasileira se constitui em mar territorial, da plataforma continental e

4, A sobrepesca é a retirada acima das quotas estabelecidas pelos órgãos ambientais para garantir a manutenção dos estoques pesqueiros (PIANNA, 2018).

da zona econômica exclusiva. Essa imensa área suporta um grande ecossistema incluindo, por exemplo, recifes, corais, manguezais, lagoas, estuários e dunas (SODRÉ, GRANZIERA, GONÇALVES, 2012, p.116). Isso causa um problema inimaginável para o Brasil, pois, quanto maior a população costeira e o uso do mar, maior é a necessidade do estabelecimento de normas jurídicas capazes de regulamentar e fiscalizar todo o envolvimento da costa, bem como todo o oceano que constitui o território brasileiro. A costa brasileira e o mar adjacente a ela enfrentam vários problemas em razão da pesca excessiva e desorganizada, da poluição, do turismo desordenado e de vários outros problemas (VILELA, 2015).

Anteriormente, o Brasil regulava sua zona costeira por meio da lei que trata do Plano Nacional de gerenciamento Costeiro, e, também, de outras normas sem muita eficiência.

A Constituição Federal Brasileira, em 1988, estabeleceu um Capítulo próprio para tratar do meio ambiente e ao mesmo tempo o estabeleceu como um direito fundamental. Trata-se do capítulo VI – Meio Ambiente, art. 225, cujo “caput” estabelece 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”. Seu § 4º abrange a questão da proteção legal para as áreas marinhas quando inclui a zona costeira na categoria de Patrimônio Nacional.

Destarte, foram elaboradas novas leis que contribuíram de forma mais ampla para atingir, entre muitos fins, o de proteção, conservação e sustentabilidade dos oceanos. Um exemplo é a Lei nº 8617, de 04 de janeiro de 1993, que dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental do Brasil, tendo em vista legislar as disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar antes mesmo dela entrar em vigor no país (GONÇALVES, 2002).

Algumas importantes leis e normas brasileiras serão analisadas nos tópicos seguintes.

2.2.1 Sistema nacional de unidade de conservação e as Unidades de conservação

A partir da observância ao art. 225, §1º, I e III, da Constituição Federal surgiu a Lei nº 9.985 de 18 de julho de 2000, mais conhecida como Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC. Trata-se de um conjunto de unidades de conservação (UC) federais, estaduais e municipais.

Unidades de conservação são áreas de proteção originadas pelo Poder Público com o objetivo de preservar um ecossistema local e espécies ameaçadas de

extinção (MMA, 2018). Doze categorias de UC compõem esse todo, diferenciando seus objetivos em relação à forma de proteção e usos permitidos. Dividem-se entre as que necessitam de maiores cuidados por serem frágeis e as que conseguem ser usadas de forma sustentável e conservadas simultaneamente (MMA, 2014).

São vários os objetivos do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) e podemos destacar alguns, como, por exemplo: contribuir para a conservação das variedades de espécies biológicas e dos recursos genéticos no território nacional e nas águas jurisdicionais; proteger as espécies ameaçadas de extinção; contribuir para a preservação e a restauração da diversidade de ecossistemas naturais; promover o desenvolvimento sustentável a partir dos recursos naturais; e recuperar ou restaurar ecossistemas degradados (MMA, 2014).

Ou seja, em geral, os objetivos buscam a garantia da preservação da biodiversidade, a promoção do desenvolvimento sustentável e a proteção das comunidades tradicionais, suas culturas e seus conhecimentos (SNIF, 2018).

As UC estão divididas em dois grupos com características próprias, sendo estes as Unidades de Proteção Integral e as Unidades de Uso Sustentável. As Unidades de Proteção integral objetivam a preservação da natureza e admitem somente o uso indireto de seus recursos naturais. Já as Unidades de Uso Sustentável objetivam a conciliação da conservação da natureza com o uso sustentável de parte de seus recursos naturais (VILELA, 2015, p. 66). As Unidades de Proteção Integral estão divididas em cinco categorias, e, as Unidades de Uso Sustentável, em sete.

Baseado na CF, no SNUC, na CDB (art. 8º) e nos ODS (meta 14.5), foi determinado que ocorra a conservação das zonas costeiras e marinhas em pelo menos 10%, até o ano de 2020. Apesar da imensidade da área marinha brasileira, atualmente somente 1,5% dessa totalidade está protegida por Unidades de Conservação. Hoje, o Brasil estabeleceu 102 UCs marinhas, mas estamos longe de alcançar a meta de 10% de áreas marinhas e costeiras protegidas até 2020 (MMA, 2016). Havia uma expectativa governamental de aumentar as Unidades de Conservação até 5%; porém, não houve essa concretização.

As Unidades de Conservação são a melhor forma de atingir a referida proteção. Assim, avaliando-se a porcentagem da área marinha coberta por Unidades de Conservação, estamos conferindo o quanto estamos cumprindo da meta estabelecida no ODS e na meta 11 de Aichi. Para se alcançar esse objetivo seria necessário valorizar e implementar de forma eficiente as unidades de conservação existentes, criar novas para se abranger uma maior área, fiscalizar os ecossistemas mais frágeis, incentivar o conhecimento relativo à diversidade biológica marinha e, por fim, criar uma Política Nacional de Conservação dos Oceanos.

2.2.2 Lei do Mar

Em 2013 ocorreu o seminário “25 anos da Constituição Federal e a proteção dos ecossistemas costeiros e marinhos”, no qual houve análises e debates acerca da proteção e conservação marinha, sua gestão e ameaças. Concluiu-se, por fim, que existem lacunas na legislação brasileira relativas a tais ecossistemas, de modo que é necessária uma lei para o mar que incorporasse os compromissos assumidos pelo governo brasileiro na Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável – Rio+20 ou mesmo os princípios e diretrizes da Eco-92 (SOS MATA ATLÂNTICA, 2015).

Destarte surgiu o Projeto de Lei nº 6969, também conhecido como Lei do Mar. O PL foi apresentado em 17 de dezembro de 2013 pelo ministro José Sarney Filho objetivando a criação de uma Política Nacional para a conservação e uso sustentável do Bioma Marinho Brasileiro – PNCMar (MMA, 2017). Os principais objetivos do projeto são:

Promover o uso equitativo, eficiente, compartilhado e sustentável dos recursos e ecossistemas marinhos; garantir a conservação da biodiversidade marinha e de espaços territoriais marinhos especialmente protegidos para o desenvolvimento sustentável, o desenvolvimento científico e tecnológico e a manutenção e melhoria da qualidade e integridade do ambiente marinho brasileiro; monitorar, prevenir, mitigar e, excepcionalmente, compensar os impactos socioambientais negativos promovidos pelas atividades antrópicas realizadas no Bioma Marinho Brasileiro; e integrar as políticas públicas setoriais sob responsabilidade das diferentes esferas de governo, de forma a garantir os demais objetivos da PNCMar (MMA, 2017).

Ou seja, a proteção da biodiversidade marinha é o foco principal do presente projeto.

De acordo com Sarney Filho, o projeto de lei foi apresentado “com objetivo de integração, ampliação e adequação das normas vigentes, para uma melhor gestão costeira e marinha”. Pensou-se, também, na segurança alimentar, pois 15% da proteína consumida mundialmente provém da pesca. Assim, o PL tomou cuidado ao determinar que a exploração de gás e petróleo seja realizada com bases sustentáveis, tomando todas as cautelas possíveis para que haja o combate da poluição marinha e também da sobrepesca (MMA, 2017). Essa lei resolveria vários problemas relativos aos oceanos e seus recursos, preenchendo várias lacunas existentes nessa área e, principalmente, no Brasil. Porém, ainda se trata somente de um projeto em tramitação e, no momento, sujeito à apreciação do Plenário.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente existem vários documentos e medidas voltados à proteção dos oceanos e mares, tanto no plano internacional (entre eles o Relatório Brundtland,

a Agenda 21, a Convenção sobre Diversidade Biológica, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, os ODM e ODS) quanto no plano nacional (como as regras sobre Unidades de Conservação e o projeto da Lei do Mar), conforme abordados na presente pesquisa.

No presente projeto o objetivo foi alcançado. Compreendeu-se o nível de efetividade das medidas existentes e concluiu-se, assim, que ainda está distante uma situação de proteção abrangente e eficiente dos oceanos. A maior parte do ecossistema marinho ainda se encontra sem nenhuma regulamentação e proteção e é altamente afetada pela atividade humana.

Apesar das diversas medidas abordadas, o estado dos oceanos continua piorando a cada ano. Muitos dos compromissos assumidos nas convenções, tratados, leis e outros meios não passam de meras declarações de intenções que nunca foram adequadamente implementadas.

Essa conclusão se molda diretamente ao problema de pesquisa. Foi possível compreender o estado da biodiversidade nos oceanos e como ela está protegida. Sendo assim, foi possível concluir que, a cada dia, maior é o desafio a enfrentar para conseguir priorizar a sustentabilidade, a conservação e a recuperação dos recursos marinhos associados a um consumo mais inteligente e mais responsável. Para solucionar esse problema é necessário tomar medidas concretas e imediatas para que se consiga salvar essa imensidão azul.

Além do exposto, grande parte da população mundial não vê os oceanos com a importância necessária. É imprescindível educar e informar as pessoas acerca da necessidade de preservação dos mares. Somente uma população sensibilizada e consciente trabalhará para conservá-lo e preservá-lo.

REFERÊNCIAS

_____. **Convenção Sobre Diversidade Biológica e Legislação Correlata**. – Coleção Ambiental, v. 10. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182959/000182959.pdf?sequence=10>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

GONÇALVES, Joanisval Brito. **Direitos Brasileiros de Zona Econômica Exclusiva e de Plataforma Continental em Torno do Arquipélago de São Pedro e São Paulo**. 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/130/29.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

MARTINS, Cosma Catunda Borges. **O Direito do Mar: convenção de Montego Bay e a Constituição Federal de 1988**. Universidade de Fortaleza. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35312/o-direito-do-mar-convencao-de-montego-bay-e-a-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

BRASIL. **Agenda Global 21**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. **Direito do Mar. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS)**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/885-direito-do-mar>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. **Glossário**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/areas-protegidas/cadastro-nacional-de-ucs/glossario>>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. **Lei do Mar aprovada em Comissão da Câmara**. 2017. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/index.php/comunicacao/agencia-informma?view=blog&id=2493>>. Acesso em 10 mai. 2018.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente – MMA. **A Convenção sobre Diversidade Biológica - CDB**. 2000. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/_arquivos/cdbport_72.pdf>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. **Biodiversidade – Metas de Aichi**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/perguntasfrequentes?catid=33>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. **Conferencias das Partes**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/convencao-da-diversidade-biologica/conferencia-das-partes>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. **Proporção da Área Marinha Brasileira Coberta por Unidades de Conservação da Natureza**. 2016. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/11296-uc-marinhas>>. Acesso em 26. Abr. 2018.

_____. **Sistema Nacional de Informações Florestais – SNIF**. *Recursos Florestais*. 2015. Disponível em: <<http://www.florestal.gov.br/snif/recursos-florestais/sistema-nacional-de-unidades-de-conservacao>>. Acesso em 02 mai. 2018.

_____. **Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/areas-protegidas/sistema-nacional-de-ucs-snuc>>. Acesso em 01 mai. 2018.

NOSSO FUTURO **COMUM (Relatório Brundtland)**. Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **A ONU e o meio ambiente**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em 02 mai. 2018.

_____. **Convenção Das Nações Unidas Sobre O Direito Do Mar**. 1995. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/noticias/documentos/convencao-onu-mar>. Acesso em: 02 fev. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. **Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio**. 2016. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/odm.aspx>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

RIO + 20. **O Brasil na Rio + 20**. Disponível em: <<http://www.rio20.gov.br/brasil.html>>. Acesso em 05. mai. 2018.

_____. **O Futuro Que Queremos**. 2012. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/61AA3835/O-Futuro-que-queremos1.pdf>>. Acesso em 05 mai. 2018.

_____. **Sobre a Rio + 20**. Disponível em: <http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html>. Acesso em 05. Abr. 2018.

SECRETARIADO DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA. **Biodiversidade Marinha** – Um oceano, muitos mundos de vida, Montreal: 2012. Disponível em: <<https://www.cbd.int/idb/doc/2012/booklet/idb-2012-booklet-pt.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente: Emergência, Obrigações e Responsabilidades**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001.

SODRÉ, Marcelo Gomes. Zoneamento ecológico-econômico e zoneamento costeiro: algumas polêmicas jurídicas. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; GONÇALVES, Alcindo (Org.). **Os problemas da Zona Costeira no Brasil e no Mundo**. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2012.

SÓRIA, Mateus da Fonseca. **Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar**. 2002. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26933-26935-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

SOS MATA ATLÂNTICA. **Uma Lei para o Mar**. Uso e conservação para o benefício de todos. 2014. Disponível em: <<https://www.sosma.org.br/wp-content/uploads/2014/06/Cart-MAR-Online.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2018.

VILELA, Rosângela Aparecida de Lima. **Mar sem fim: aspectos nacionais e internacionais da conservação, exploração de recursos vivos, tendo em vista o desenvolvimento sustentável**. 2015. 88 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campinas, 2015.

NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA DÉCADA DE EVOLUÇÃO CONCEITUAL E JURISPRUDENCIAL

Data de aceite: 23/03/2020

Ione Campêlo da Silva

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC
ionecampelo@gmail.com

Janine Pereira Ribeiro

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC
rbrjanine@gmail.com

Pedro Germano dos Anjos

Mestre em Direito Público pela UFBA
Professor Assistente de Direito na Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC
pganjos@uesc.br

RESUMO: Este trabalho objetiva a reflexão sobre a evolução em uma década do conceito doutrinário do neoconstitucionalismo em sua aplicação concreta na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de 2008 a 2018. O cerne justificador dessa pesquisa é a necessidade de traçar parâmetros mais consistentes sobre a relevância do neoconstitucionalismo como paradigma jurídico de interpretação e aplicação do Direito sob a égide dos preceitos constitucionais, contribuindo para a formação de um conceito mais preciso desse fenômeno e sua aplicação

concreta. A trajetória metodológica se baseou na pesquisa bibliográfica e documental, utilizando o método qualitativo com a coleta de dados de decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ disponibilizadas no sítio eletrônico respectivo. Observou-se dentre as decisões monocráticas que citaram o neoconstitucionalismo, que uma ampla discussão sobre o tema é necessária para que se atinja um consenso acerca do conceito e tratamento jurídico e a forma como os tribunais e juízes devem fundamentar suas decisões.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo; constitucionalização do direito; jurisprudência; Superior Tribunal de Justiça; aplicação concreta.

ABSTRACT: This paper aims to reflect on the evolution in a decade of the doctrinal concept of neoconstitutionalism in its concrete application in the jurisprudence of the Superior Court of Justice from 2008 to 2018. The core justification of this research is the need to draw more consistent parameters on the relevance of neo-constitutionalism as a legal paradigm of interpretation and application of law under the aegis of constitutional precepts, contributing to the formation of a more precise concept of this phenomenon and its concrete application. The methodological trajectory was based on the

bibliographical and documentary research, using the qualitative method with the data collection of decisions of the Superior Court of Justice - STJ made available in the respective electronic site. It was observed among the monocratic decisions that quoted neoconstitutionalism that a broad discussion on the subject is necessary to reach a consensus on the concept and legal treatment and how the courts and judges should base their decisions.

KEYWORDS: Neo-constitutionalism; constitutionalisation of law; jurisprudence; Superior Justice Tribunal; application.

INTRODUÇÃO

Um conjunto de fenômenos históricos, políticos e sociais resultou em um processo extenso e profundo de criação um novo Direito Constitucional. O termo Neoconstitucionalismo perpassa essa nova tendência de maior força normativa da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação (BARROSO, 2005). A partir disso, os tribunais e órgãos jurisdicionais passariam a fundamentar suas decisões conforme esses novos princípios e regras constitucionais.

Porém, a própria natureza do fenômeno ainda é pouco definida e sua aplicação é feita, na maioria dos casos, em linhas gerais e abstratas, o que pode gerar subjetividade na aplicação do Direito e insegurança jurídica. O neoconstitucionalismo permanece pouco caracterizado conceitualmente e há uma tímida expressão objetiva nas decisões dos casos concretos, os quais não realizam, em muitos casos, a fundamentação teórica necessária.

Dessa forma, essa pesquisa se justifica através da necessidade de analisar os contornos da aplicação do novo Direito Constitucional em decisões a respeito da legislação federal – competência precípua do STJ. Através da pesquisa de jurisprudência desse Tribunal Superior, foram coletados trechos de decisões monocráticas que utilizaram o neoconstitucionalismo como fundamentação teórica de cada deliberação.

A coleta desses dados é imprescindível para uma minuciosa análise e delimitação de uma evolução conceitual e jurisprudencial do Neoconstitucionalismo durante uma década no STJ, contribuindo para um panorama do uso prático de conceitos e movimentos teóricos e, ademais, para a verificação do estado jurisprudencial sobre a segurança jurídica e a difusão dos valores constitucionais.

Assim, este trabalho científico possui como principal finalidade traçar um panorama da jurisprudência do STJ nos anos de 2008 a 2018 acerca do uso e aplicação do neoconstitucionalismo para a soluções de casos concretos

Para tanto, intentou-se analisar a evolução do conceito de neoconstitucionalismo

na esfera doutrinária contemporânea, e a partir desse suporte teórico, caracterizar os principais elementos de fundamentação utilizados pelos Ministros nas decisões do Superior Tribunal de Justiça na última década e identificar suas influências doutrinárias e o respeito às exigências de fundamentação do Novo Código de Processo Civil.

NEOCONSTITUCIONALISMO: CONCEITOS E CRÍTICAS

O neoconstitucionalismo surgiu como um novo paradigma de interpretação e aplicação do Direito Constitucional a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. A Carta Magna representou um processo de redemocratização, uma tendência que emergiu como resultado de regimes totalitários ao redor o mundo. Porém, sua própria terminologia ainda é abstrata e seu grande desafio é encontrar mecanismos para sua efetiva concretização (LENZA, 2017).

Luís Roberto Barroso (2005) em uma de suas obras mais aclamadas sobre esse assunto, demonstra como esse novo direito constitucional é prematuro em conceitos precisos e aplicação concreta:

Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo ainda é incerto. (BARROSO, 2005: p. 2)

Como já dito, o Neoconstitucionalismo surgiu como uma mudança de paradigma, dessa forma, a Constituição passou de um documento apenas com perfil de elementos de vinculação política, para um documento de protagonismo também no Judiciário brasileiro. BARROSO (2005:12) atribui o conceito de Constitucionalização do Direito para um fenômeno com efeito expansivo das normas constitucionais, cujo material axiológico se irradia, com força normativa por todo o sistema jurídico.

Apartir da constitucionalização do direito, as normas jurídicas se fundamentaram no texto constitucional e a doutrina e jurisprudência possuíram a nova tarefa de romper com as antigas ideias retrógradas de um direito positivista, retórico e com uma interpretação fechada. Dessa forma, o constitucionalismo clássico que tinha como principal ideia a limitação de poder através da separação de poderes foi substituído pelo neoconstitucionalismo, que possui como ideia central a concretização de direitos fundamentais. (AGRA, 2018:82)

A preocupação em efetivar os direitos fundamentais seria a principal marca do Neoconstitucionalismo, especificamente aqueles de natureza social que se encontram em inanição em sociedades que apresentam um constitucionalismo de baixa intensidade (BELLO, 2007:12), por esse motivo, a aplicação do direito deve ser conforme às normas constitucionais para que não haja sobreposição ou

anulação de princípios e direitos fundamentais.

Nessa mesma linha teórica, Luís Roberto Barroso (2005:10), ao dispor como marco teórico da constitucionalização do direito, a nova interpretação constitucional, aduz que a existência de colisões de normas constitucionais, incluindo princípios e direitos fundamentais, passou a ser percebida como um fenômeno natural do constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas assim, consagram bens jurídicos que se contrapõem.¹

Assentada nessa natural colisão de normas, a atuação judiciária torna-se decisiva para que o neoconstitucionalismo possua bases mais sólidas em decisões no caso concreto. Como uma das principais características para edificar esse novo paradigma, Suzanna Pozzolo (2006:79) apregoa a necessidade da consignação de tarefas de integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à teoria do direito.

Destarte, o Neoconstitucionalismo precisa de uma concretização através do Direito que irá se operar com a subordinação da própria legalidade à Constituição, de modo que as condições de validade das leis e demais normas jurídicas dependam não só da forma de sua produção como também da compatibilidade de seus conteúdos com os princípios e regras constitucionais (CUNHA JR., 2018:35).

Vê-se que uma ampla discussão sobre o tema é necessária para que se atinja um consenso acerca do conceito e tratamento jurídico dado ao Neoconstitucionalismo e a forma como os tribunais e juízes devem fundamentar suas decisões, aplicando os princípios e regras constitucionais ao caso concreto. As abordagens teóricas desses diversos autores citados caminham num terreno pouco analisado até décadas atrás.

Assim, os preceitos trazidos pela Constituição Federal de 1988 crescem em importância em virtude das transformações sociais, ao mesmo tempo em que se torna potencial um conflito jurídico acerca de sua aplicação. As modernizações dos ordenamentos jurídicos correspondem também nas mudanças de valores de uma sociedade.

Como visto, o Neoconstitucionalismo é um movimento mais recente em relação à Teoria alemã dos Direitos Fundamentais, que pretende agregar as posições teóricas que se formaram no bojo de uma leitura mais principiológica e axiológica da Constituição, atribuindo à ponderação um papel fundamental, uma hermenêutica principiológica, o Direito como moral, e o Poder Judiciário como central na democracia (KAUFMANN, 2011:196).

Tal modelo, tão propagado por constitucionalistas atuais (apoiados em uma leitura por vezes errônea da teoria de Robert Alexy), como visto acima, não está

1. Conforme leciona Robert Alexy, com base no pensamento de Ernst-Wolfgang Böckenförde, normas-princípios são mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em graus diversos, e cuja medida de satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Elas têm uma tendência normativa à otimização, sem se fixar, no entanto, em um conteúdo determinado; elas são - necessariamente - passíveis de sopesamento. (2006:576 e 577).

infenso à crítica. Dimitri Dimoulis por exemplo, pejorativamente o reconhece como espécie de moralismo jurídico, aduzindo que a supremacia e a imperatividade da Constituição já eram propagadas desde Sieyès (século XVIII), que não há novidade na interpretação principiológica (com “absorção de valores políticos”), presente desde as críticas à interpretação “mecânica” no século XIX; e que a expansão da jurisdição constitucional não corresponde necessariamente à maior efetividade de tutela dos direitos fundamentais (DIMOULIS, 2009:220 e ss.).

Humberto Ávila, por sua vez, discorda de todos os marcos do movimento, entendendo que em realidade silenciosamente promove-se a desvalorização da Constituição através do discurso judicial oportunista (ÁVILA, 2009:201).

De outro lado, Carlos Horbach tece várias críticas fundamentadas ao neoconstitucionalismo com base nas análises hermenêuticas de Carlos Maximiliano, a esvaziar o teor de novidade do movimento. Para ele, o brocardo *summum jus, summa injuria* já é suficiente para expor tal ideia: o mandamento de otimização da interpretação constitucional, para sua máxima efetividade, é brocardo do Direito Romano que já na sua época prevalecia sobre pensamentos divergentes (HORBACH, 2007:87).

Talvez a grande novidade do neoconstitucionalismo seja mesmo a centralidade da Constituição: a Carta como pauta geral de interpretação do Direito, inclusive dos instrumentos legais anteriores a ela própria (recepção constitucional).

Mas tal centralidade por sua vez não evita perigos do ponto de vista pragmático: aproxima-se da Constituição-fundamento (ou total), que “pretende não somente dirigir toda a atividade estatal, mas também moldar e definir a organização social como um todo. A crença na normatividade da Constituição atinge aqui o seu ápice.” (SILVA, 2011:124).

Para tanto, a Constituição-total requer um poder de interpretação e uma expansão do ativismo judicial que não estão imunes a abusos de toda sorte, a retrocessos e à instauração de insegurança jurídica, pois a interpretação pode mudar cada vez que a composição dos grandes Tribunais se alterar (a exemplo de inúmeros casos julgados pelo STF na última década e das voláteis técnica de controle constitucional criados pelos Ministros, a maioria permitindo uma modulação de efeitos da (in)constitucionalidade que permite abusos do Poder Legislativo e Executivo ao descumprirem a própria Constituição com a chancela do Supremo).

Se levarmos a sério esse tipo de concepção [*Constituição total*], acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade dos dispositivos infraconstitucionais, pouco ou nada restará de autônomo a outros campos do direito e ao legislador infraconstitucional. As normas constitucionais, nesse sentido, não somente irradiarão efeitos pelos outros ramos do direito: elas determinarão o conteúdo deles por completo. (SILVA, 2011:115)

A centralidade da Constituição, como aplicada pelo STF e STJ, permanece

muito problemática. Na questão dos direitos sociais, por exemplo, a doutrina explana sobre “mínimo vital” e “proibição ao retrocesso” (vide RE 398.284 e MS 24.875), mas não raro passam a “encobrir os fatores reais e interesses legítimos que estão por trás das questões, dando uma conotação meramente jurídica e abstrata a um problema político e democrático grave” (KAUFMANN, 2011:202).

A onipresença da Constituição, assim, “não é nada mais do que a Supremacia do jurista constitucional em relação à tarefa democrática dos poderes legitimamente eleitos.” (KAUFMANN, 2011:209). Converte-se em um tipo de Ditadura do Judiciário, “diuturnamente reforçada pelo discurso elitista e excludente da racionalidade jurídica da ponderação” (KAUFMANN, 2011:210).

Deveras, com Vírgilio Afonso da Silva, “se todo o ordenamento jurídico é meramente um desenvolvimento do texto constitucional, o caminho para um Estado judiciário estaria aberto, pois o legislador, como mero intérprete e concretizador da constituição, não sobraria nenhuma liberdade de conformação e a atividade jurisdicional, como forma de garantir a constituição-fundamento, passaria a primeiro plano. (SILVA, 2011:117)

A centralidade de uma Constituição total, portanto, olvida a advertência de John Hart Ely: “o direito constitucional existe para aquelas situações em que o governo representativo se torna suspeito, não para aquelas em que sabemos que ele é digno de confiança.” (ELY, 2010: 246)

E a circunstância marcadamente brasileira de não outorgar ao Neoconstitucionalismo praticado traços específicos de nova teoria, mas simplesmente uma roupagem nova, o que resta evidenciado da análise de decisões que se trará à baila adiante, adiciona o teor problemático da “centralidade”:

Não sendo a ‘nova hermenêutica constitucional’ uma teoria com trágos próprios, caracteriza-se como uma formulação retórica que busca justificar uma realidade, qual seja, a extrapolação indevida das funções jurídico-políticas, em especial pelos responsáveis pela interpretação das leis e da Constituição, num claro movimento ideológico” (HORBACH, 2007:88).

O resultado, sem dúvida, é a produção de decisões alheias à complexidade dos problemas, à realidade e às potencialidades das medidas e à ingerência em questões políticas, de responsabilidade dos demais Poderes (como o resultado da ADPF 101, sobre a importação de pneus usados). Ou seja, na teoria a centralidade *da Constituição*. Na prática, a centralidade *do Poder Judiciário*, sendo o STF seu maior catalisador e uniformizador, ávido por legislar, não raro através do voto de apenas seis Ministros.

MÉTODOS

O presente estudo constitui-se de pesquisa bibliográfica e documental, consonante a proposta inicial, sendo utilizado o método qualitativo de investigação científica, a partir da coleta de dados e decisões do Superior Tribunal de Justiça posteriormente analisadas, mediante o uso de ferramentas de pesquisas disponíveis na rede mundial de computadores.

O trabalho se assenta na análise circunspecta da bibliografia selecionada com fim de explanar da forma mais clara e concisa o conceito de Neoconstitucionalismo, suas características, e a importante aplicação desses preceitos na prática jurisprudencial, frequentemente evocado como fundamento nas decisões do Tribunal superior brasileiro.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Na perspectiva teórico-doutrinária, o Neoconstitucionalismo apresenta-se como o movimento contemporâneo responsável pela mudança de paradigmas hermenêuticos com a releitura do ordenamento jurídico brasileiro. As normas constitucionais ganharam caráter vinculativo e efetividade máxima nas relações públicas e privadas sobretudo no que concerne a proteção e garantias dos direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, a exemplo da interpretação das normas de Direito Civil em consonância com a Constituição Federal, no denominado Direito Civil-Constitucional.

Desde 2008, os magistrados do Tribunal Superior vieram paulatinamente fazendo referências a aplicabilidade do modelo neoconstitucional nas suas decisões. O foco central da discussão desse trabalho perpassa pela observação pontual das principais temáticas relacionadas ao Neoconstitucionalismo abordadas nas decisões do STJ durante os últimos 10 anos para, por fim, analisarmos essa evolução constitucional em sua totalidade.

No Habeas Corpus nº 101568, publicado em maio de 2008, o relator ministro Nilson Naves traz fundamentação sob a ótica do Neoconstitucionalismo, atestando a irradiação dos princípios constitucionais com imediata normatividade sobre todo o ordenamento jurídico, de forma que, com a mudança do paradigma de Estado Democrático de Direito para o Estado Constitucional de Direito, as leis estão para a Magna Carta, além do vínculo formal, mas numa relação material e substantiva.

No Agravo de Instrumento nº 1.414.348 publicado em outubro de 2011, o ministro relator Carlos Meira aponta para a indispensabilidade da interpretação das normas constitucionais a partir de um viés material, e faz referência a Teoria Material da Constituição e orientações do Neoconstitucionalismo em contrapartida

ao Positivismo Kelseniano. Isso implica sobretudo no cuidado em que se deve ter diante de casos concretos que negam a vigência de direito fundamental, tema privilegiado nessa nova tendência do direito constitucional.

O mesmo ministro, na Medida Cautelar nº 019.049, em maio de 2012, ressalta a sobreposição de princípios de ordem pública, como a função social e a dignidade da pessoa humana sob qualquer norma contrária quanto a aplicação, uma vez que possuem efetividade máxima de acordo com os corolários do Neoconstitucionalismo.

No Recurso Especial nº 275.892, de fevereiro de 2013, a relatora ministra Maria Thereza de Assis Moura rememora em sua decisão que com o Neoconstitucionalismo os princípios jurídicos ganharam maior protagonismo na interpretação do direito, subsequente ao processo de publicização, típico desse novo entendimento de Direito Constitucional.

Em setembro de 2014, também em Recurso Especial, nº 1.480.468, o ministro relator Humberto Martins lembra o novo paradigma Constitucional como aquele que assegura conduta lícita e, em contrapartida, repulsa ao ilícito, haja vista que valora a permanência do elemento ético, leal e probo nas relações individuais.

A ministra relatora Diva Malerbi, em Recurso Especial nº 937.319, em julho de 2016 relembra em decisão que com o Estado Constitucional de Direito, é inequívoca a máxima eficácia da Constituição Federal e a hierarquia axiológica entre as normas, bem como a essencial concretização dos direitos fundamentais.

Na mesma linha de pensamento, o ministro relator Napoleão Nunes Maia Filho destacou no Recurso Especial nº 1.443.569 publicado em março de 2017 que,

Na esteira do Neoconstitucionalismo, não há que se falar em norma constitucional de eficácia meramente programática, uma vez que referido modelo axiológico valorativo parte da ideia central segundo a qual não basta limitar atividades arbitrárias anti-isonômicas (ponto fulcral do constitucionalismo clássico), mas se faz imprescindível a efetiva promoção dos direitos fundamentais. (STJ, 2017)

Ademais, dentre as decisões selecionadas encontra-se o Recurso Especial nº 975.034, datado de 22 de maio de 2018, da Ministra Assusete Magalhães que nos esclarece sobre o premente uso da técnica de ponderação de princípios constitucionais. Nesse julgado específico, a relatora sopesa que muito embora a garantia da coisa julgada esteja vinculada ao princípio da segurança jurídica, dada a primazia do formalismo valorativo e o Neoconstitucionalismo, o valor da efetividade, no referido caso concreto, prevalece sobre o primeiro. Conforme as lições de Ronald Dworkin (2002:40/42), os princípios possuem uma dimensão de peso, o que os diferem das regras, assim, nos casos em que houver colisão de princípios, como na decisão acima, o que tiver maior peso se sobreporá ao outro, sem que este perca a sua validade.

Recentes decisões apontam em um novo sentido. Julgados de 2019 trazem uma evolução conceitual mais concreta do termo neoconstitucionalismo, como

é possível observar no Habeas Corpus nº 523.919, de outubro do referido ano. Nessa decisão, o ministro relator Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), traz em sua fundamentação contornos mais precisos ao neoconstitucionalismo ao dispor que:

O Neoconstitucionalismo, cujos fundamentos históricos e filosóficos consistem na reconciliação democrática entre o direito e a ética, ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, e o movimento pós-positivista impõem ao julgador os necessários cuidados quanto à hermenêutica das normas constitucionais, de modo a evitar soluções ab-rogantes. (STJ, 2019)

No mesmo sentido, o Recurso especial nº 1.823.311, de outubro de 2019, proferido pela Ministra relatora Assusete Magalhães, trata que a hermenêutica deve estar próxima às premissas fundamentais do neoconstitucionalismo, o que demandaria dos operadores de direito uma atuação que congregue a análise dos textos jurídicos aos conteúdos valorativos existentes no ordenamento, não podendo assim, que a norma seja interpretada de forma literal, devendo-se recorrer aos valores morais que permeiam o texto. Essa decisão também se torna imprescindível para a concretização das premissas neoconstitucionalistas ao transcrever os ensinamentos de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento:

Ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para o debate moral. No paradigma neoconstitucionalista, a argumentação jurídica, apesar de não se fundir com a moral, abre um significativo espaço para ela. Por isso, se atenua a distinção da teoria jurídica clássica entre a descrição do Direito como ele é, e prescrição sobre como ele deveria ser. Os juízos descritivo e prescritivo de alguma maneira se sobrepõem, pela influência dos princípios e valores constitucionais impregnados de forte conteúdo moral, que conferem poder ao intérprete para buscar, em cada caso difícil, a solução mais justa, no marco da ordem jurídica vigente. Em outras palavras, as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, mas elas se tornam mais tênues e porosas, à medida que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de Justiça, que passam a ser considerados como normas vinculantes. (NETO e SARMENTO, 2014).

Diante do exposto, observa-se certo progresso gradual no conceito de Neoconstitucionalismo entre os doutrinadores e aplicadores do direito, especificamente as manifestações do STJ. Urge que o Estado Constitucional calcado na observância das normas do Texto Maior, a incidência de princípios abrangentes para a tutela de direitos historicamente conquistados, como a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, a igualdade e isonomia. Resta, no entanto, a concreta aplicação desses corolários a partir, sobretudo da vinculação dos poderes públicos responsáveis, sob pena de execução dos instrumentos que combatem as omissões inconstitucionais já previstos pela CF.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A produção da presente pesquisa resultou na confirmação da falta de elementos concretos para conceituação e aplicação do Neoconstitucionalismo, ratificando em concreto as críticas doutrinárias ao modelo, acima discutidas. Essa constatação adveio da comparação feita entre as decisões analisadas em que, como visto, houve abordagem de pontos esparsos e diferentes do Neoconstitucionalismo com vistas à fundamentação de certos sentidos. A partir dos resultados, espera-se uma futura contribuição científica para análise do Neoconstitucionalismo como objeto de deliberações jurídicas. Ademais, é um processo lento, ainda mais na seara jurídica, mas é imprescindível para que se possa efetivar a justiça, os princípios e os direitos fundamentais que garantem a manutenção da dignidade da pessoa humana no nosso ordenamento jurídico, sem desbordar da competência constitucional dos Poderes e sem o risco da insegurança jurídica nas decisões de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 895 p. ISBN 978-85-450-0470-7.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: Souza neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, vol. 240, 2005.
- BELLO, Enzo. **O neoconstitucionalismo e a teoria constitucional contemporânea**. In: *Perspectivas da teoria constitucional contemporânea*. São Paulo: Lumen Juris, 2007.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel. (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40-42.
- ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes: 2010.
- HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-

positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**. Ano 96. vol. 859. Maio/2007. São Paulo: RT, 2007.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros: 2011.

STJ. **AGRAVO DE INSTRUMENTO**: AG 1414348 - PB 2011/0076986-9. Relator: Ministro Castro Meira. DP: 25/08/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 20 set 2018.

STJ. **HABEAS CORPUS**: HC 523919 - RJ (2019/0220773-0). Relator: Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE). DP: 17/10/2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 06/01/2020.

STJ. **HABEAS CORPUS**: HC 101568 - SP 2008/0050233-8. Relator: Ministro Nilson Naves. DP: 27/05/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em 20/09/2018.

STJ. **MEDIDA CAUTELAR**: MC 19049 - AM 2012/0046673-2. Relator: Castro Meira. DP: 04/05/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em 22/09/2018.

STJ. **RECURSO ESPECIAL**: REsp 1443569 PR 2014/0063119-5. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DP: 08/03/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 22/10/2018.

STJ. **RECURSO ESPECIAL**: REsp 1480468 RS 2014/0149451-5. Relator: Ministro Humberto Martins. DP: 20/11/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 22/10/2018.

STJ. **RECURSO ESPECIAL**: REsp 275892 - MA 2012/0275150-7. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. DP: 05/02/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em 22/09/2018.

STJ. **RECURSO ESPECIAL**: REsp 937319 - MG 2016/0159742-4. Relatora: Diva Malerbi. DP: 01/07/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em 22/09/2018.

STJ. **RECURSO ESPECIAL**: REsp 975034 RS 2018/0038921-9. Relator: Ministra Assusete Magalhães. DP: 21/09/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em 22/10/2018.

STJ. **RECURSO ESPECIAL**: REsp 1823311 SC (2019/0185733-6). Relator: Ministra Assusete Magalhães. DP: 22/10/2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 06/01/2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO, E SUAS LIMITAÇÕES EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS E DO DIREITO INTERNACIONAL

Data de aceite: 23/03/2020

Data de submissão: 02/01/2020

Bruno Cardenal Castilho

Bacharel em Direito pela Universidade
Presbiteriana Mackenzie

Campinas – São Paulo

bcastilho26@gmail.com

Lattes iD: lattes.cnpq.br/1238366781406737

Apoio: PIBIC Mackenzie

RESUMO: O poder constituinte originário emerge como um dos grandes elementos teóricos que compõem as bases do Estado moderno. Tal teoria se predispõe a estabelecer balizas que explicam a criação, legitimidade e limitação das sociedades políticas, após a revolução francesa. Diante de tal quadro fático, imperioso analisar profundamente como tal criação teórica se desenvolve na dialética política-jurídica moderna, e de que maneira tal poder pode ser viabilizado e legitimado, após os giros paradigmáticos que ocasionaram o surgimento do Estado contemporâneo; tendo a proteção dos direitos Humanos como finalidade máxima. Para a realização de tal desafio, utilizou-se da análise bibliográfica especializada, onde se buscou a resposta

para a indagação referente à possibilidade de se encontrar limitações a atuação moderna do poder constituinte. O desenvolvimento argumentativo da exposição teve como metodologia condutora a dialética-indutiva, uma vez que foram estudados fenômenos complexos em desenvolvimento, e autônomos entre si, a partir de uma análise de informações previamente assumidas, com uma conclusão possível. Tal conclusão obtida, foi a de que os direitos Humanos, bem como o direito internacional limitam juridicamente a atuação de tal poder político. Concomitantemente, as bases do Estado moderno: povo, território, soberania e finalidade, consubstanciam-se em uma limitação teleológica à dita construção teórica. Para demonstrar os pontos mencionados, percorreu-se um caminho que traça o desenvolvimento histórico do conceito chave do trabalho, bem como sua relação de subordinação ao desenvolvimento dos direitos universais, ao direito internacional e aos elementos do Estado, chegando-se a resposta das indagações.

PALAVRAS-CHAVE: Poder constituinte. Direito Constitucional. Limitações.

CONSTITUENT ORIGINATING POWER, AND

ABSTRACT: The originating constituent power becomes as one of the great theoretical elements which form the basis of the modern state. Such theory predisposes to establish goals that explain the creation, legitimacy and limitation of political societies after French Revolution. Faced with such a fact, it is imperative to analyze deeply how such theoretical creation develops from the modern political-juridical dialectic, and in what way such power can be made feasible and legitimized, after the paradigmatic twists that led to the emergence of the contemporary state, having the protection of human rights as the ultimate goal. For the accomplishment of such challenge, a specialized bibliographic analysis was used, where there was searched the answer to the question regarding the possibility of finding limitations to the modern performance of the Constituent Power. The argumentative development of the exposition had as a conductive methodology the dialectic-inductive, since complex phenomena in development, and autonomous ones, were studied from an analysis of previously assumed information, with a possible conclusion. Such a conclusion was that Human Rights as well as International Law legally limit the performance of such political power. At the same time, the foundations of the modern state: people, territory, sovereignty and purpose, consubstantiate a teleological limitation to such theoretical construction. In order to demonstrate the points advanced, a way was coursed that traces the historical development of the key concept of that research, as well as its relation of subordination to the Human Rights development, to International Law and to the elements of the State, achieving the answer of the questions.

KEYWORDS: Constituent power. Constitutional law. Limitations.

1 | INTRODUÇÃO

O constitucionalismo moderno é dotado de uma série de conceitos e instituições que, apesar de sua pouca aplicabilidade legal, constituem parte importante do corpo teórico que estrutura a teoria constitucional contemporânea.

Tais conceitos abstratos possuem papel fundamental na racionalização e legitimação do Direito, enquanto produto intelectual humano e sua concepção do justo.

Dentro dos parâmetros estabelecidos, insere-se a discussão moderna das características e da amplitude do poder constituinte, em especial o originário, e sua importância temática no contexto dos Estados de direito hodiernos.

Nota-se no atual momento histórico, o aprofundamento do estudo acerca da aplicabilidade jurídica fática do poder constituinte resulta em uma correlação direta com a defesa das democracias ocidentais, organizando-se sob a égide da limitação

do poder político e respeito aos direitos individuais, sendo a proteção integral aos direitos reconhecidamente universais, o fim máximo do Estado na acepção jurídica predominante.

Essa correlação tão estreita se deve ao fato de que a doutrina do poder constituinte é o instrumento construído atualmente para legitimar e estruturar a organização política do Estado, sendo indispensável o reconhecimento de sua importância para a análise do direito em sua dimensão positiva.

A partir das perspectivas expostas será realizado um trabalho com o intuito de defender a tese de que o poder constituinte contemporâneo deve ser atualizado em determinados quesitos, em especial sua amplitude, posto que as finalidades do Estado e as principais concepções jurídicas dominantes foram profundamente alteradas desde a revolução francesa, principalmente após a segunda guerra mundial, e que a redefinição paradigmática de determinados conceitos da teoria clássica tem como escopo revitalizar a aceitação e aplicação da noção de poder constituinte como fonte de soberania e construção de uma sociedade autônoma e democrática.

2 | A HISTÓRIA DO PODER CONSTITUINTE

A doutrina aqui analisada possui sua essência teórica ancorada à ideia de Estado de Direito, proveniente das reflexões e aspirações oriundas da revolução francesa (MENDES, BRANCO, 2016). Apesar de sua estruturação formal ocorrer apenas a partir do século XVIII (dezoito), é de fácil percepção que sua construção se alicerça em um paulatino desenvolvimento histórico, que agrega valores e conquistas de diversas épocas, para ganhar corpo teórico no ápice da revolução francesa.

Dentro desse parâmetro, tal doutrina surge preponderantemente para legitimar a estruturação e formação do poder político moderno, com base na soberania popular e no conceito de nação, por meio das constituições escritas como principal documento idealizador de tais finalidades (BONAVIDES, 2015).

Obviamente que para se chegar ao núcleo duro do conceito e função do poder constituinte, houve, conforme citado, um processo histórico acumulativo, que teve início nas civilizações antigas como a exemplo de Atenas.

Aristóteles em seu livro “Política” já fazia uma distinção curiosa sobre dois tipos de leis existentes na polis: as leis estruturantes e leis ordinárias, sendo as primeiras superiores em relação às segundas e também em relação as deliberações da magistratura da época (FERREIRA FILHO, 1999). Nota-se aqui uma clara distinção em relação ao peso das leis em função do papel social que desempenha, sendo o cumprimento das leis estruturantes exigíveis por todos os cidadãos em

face dos poderes instituídos por tais leis. A despeito do embrião da distinção de leis constituintes e leis constituídas encontrarem seu repouso neste momento histórico, é necessário frisar que não houve, por parte dos Atenienses, qualquer tipo de tentativa de explicações em relação a tal sopesamento existente na administração cotidiana da polis (FERREIRA FILHO, 1999).

Seguindo a linha histórica, passamos para a França onde houve o surgimento de uma doutrina conhecida como “doutrina das leis fundamentais do reino”, desenvolvida no período monárquico. Ela propunha a existência de leis que se faziam superiores às demais e inclusive ao próprio monarca.

Interessante notar que a tese trazida introduziu ao debate acadêmico duas características de grande peso: a primeira delas diz respeito à noção de leis fundamentais ou distintas como função limitadora do poder político, então representada pela figura do Rei; a segunda contribuição diz respeito ao desenvolvimento de um raciocínio referente à possibilidade de mudar as conhecidas leis fundamentais apenas mediante processo especial (na época a reunião dos estados gerais), que atualmente se reveste pela terminologia de rigidez constitucional (FERREIRA FILHO, 1999).

Sem embargo, foi efetivamente a partir das teses do contrato social que surgiram no século XVI (dezesseis) que a doutrina do poder constituinte efetivamente passou a ganhar um corpo teórico melhor delineado. Isso porque as contribuições intelectuais até então se resumiam ao estabelecimento de leis com finalidades distintas, além de uma leve orientação das mesmas como instituto limitador. Contudo, foi a partir das colocações contratualistas que fatores como a fonte da formação da sociedade, sua legitimidade e sua função passaram efetivamente a serem discutidas. Estabelece-se claramente uma inversão sob o prisma pelo qual as questões eram postas, passando os seus elaboradores a se preocuparem mais com elementos teóricos de legitimação do poder político, do que propriamente o poder em si.

O contratualismo assevera que as sociedades modernas se estruturavam sob a premissa de um pacto social, que decorria do acordo convergente de vontade das pessoas até então livres em seu estado de natureza, que se solidificava pelo contrato estabelecido por livre vontade. Notório o fato de que a doutrina analisada rompia com o até então pensamento predominante de sociabilidade natural proveniente de Aristóteles.

Porém importante frisar que, as teses contratuais possuíam um âmbito de concordância limitado, sendo os motivos e consequências, às diferenças de maior importância estabelecidas por seus principais pensadores: Hobbes, Locke e Rousseau.

Hobbes partia do pressuposto de que o homem vivia em constante guerra em

seu estado de natureza, sendo necessário o estabelecimento de uma sociedade que tivesse em seu contrato social a função primordial de gerar proteção (MORRISON, 2012). Obviamente a noção política de Hobbes era amplamente influenciada pelo contexto político da época, o absolutismo.

Locke por outro lado, aduzia que o ser humano necessitava da sociedade como forma de garantir a proteção de seus direitos naturais, mesmo que para alcançar tal finalidade ele tivesse que abrir mão de parcela de seus direitos no caminho, para possibilitar a boa convivência, sendo a lei o instrumento apto para efetuar tais restrições (FERREIRA FILHO, 2007). Já é possível visualizar uma mudança drástica de paradigma em relação ao estado natural do homem e sua finalidade em Locke.

Não obstante é efetivamente em Rousseau que a teoria do contrato social adquiriu uma aproximação maior do que seria produzido posteriormente por Abade Sieyès. Isso pelo fato de o contratualista entender que o pacto social ocorria para que a população condicionasse seus direitos naturais à disposição da vontade geral, e na criação não apenas da sociedade, mas também do governo, exercido pela soberania popular (MORRISON, 2012).

Na esteira histórica de Rousseau, Abade Sieyès no século XVIII (dezoito), no ápice da revolução francesa, constrói uma teoria em seu livro “Que é o Terceiro Estado?”, onde o mesmo defende que uma constituição escrita deve ter como premissa um poder que derive diretamente da soberania popular, que pertenceria ao ente abstrato nação. Tal poder seria autoridade máxima constitucional, responsável por elaborar tal documento, e conceber as estruturas e limitações do poder político.

Sieyès chama tal fenômeno popular de poder constituinte originário, que seria o legitimador social da constituição estabelecida, responsável por delimitar o pacto político que iria vigorar para todos os cidadãos franceses.

O poder constituinte originário, na concepção do autor, seria o marco inicial de todo o ordenamento jurídico e construção política, e como manifestação soberana do Estado, não podendo ser condicionado por nenhuma outra força política ou jurídica pré-existente a ele.

Daí se falar em inicialidade e incondicionalidade ao se tratar das principais características do poder constituinte.

Contudo o aspecto mais interessante e que será abordado adiante por conta de sua importância prática para a aplicabilidade do poder constituinte no dia-dia jurídico, será a noção introduzida por Sieyès e mantida intacta até hoje de que o poder constituinte por conta de ser expressão máxima e soberana não possuía limitações em relação à amplitude de sua atuação, com exceção dos direitos naturais (FERREIRA FILHO, 2012).

Essa noção ilimitada traz problemas práticos com a evolução do direito

constitucional moderno, que se pauta pelo estabelecimento de limitações políticas e respeito aos direitos Humanos, o que por decorrência lógica não se coaduna com a noção de despotismo político, mesmo que em nome da soberania.

Dentro de tal conceituação histórica é que os desenvolvimentos da teoria do Estado moderno, do direito internacional e dos direitos Humanos, surgirão como balizadores para uma resignificação paradigmática dos parâmetros hermenêuticos, que deverão ser colocados na balança ao se analisar a atuação do poder constituinte originário nos estados contemporâneos.

3 | AS LIMITAÇÕES DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E OS DIREITOS HUMANOS

Conforme já analisado na introdução do presente trabalho, o poder constituinte originário é uma noção intelectual desenvolvida no seio da revolução francesa como forma de institucionalização do poder político por parte da burguesia, que havia catalisado toda a ruptura institucional. Por conta disso, Sieyès entendia que tal fenômeno não tinha limites, por ser expressa manifestação da soberania popular, conforme conhecida fórmula de Rousseau.

Sem embargo, quando se fala em exercício de poder político sem limitações no mundo jurídico contemporâneo, é necessário se ter parcimônia em razão de uma série de aspectos históricos que redefiniram completamente o prisma ético pelo qual o direito passou a ser analisado.

Quando a doutrina do poder constituinte foi elaborada, o próprio Sieyès admitia em seu trabalho inicial a possibilidade de limitações do poder constituinte originário em face dos direitos naturais (FERREIRA FILHO, 1999). Isso era devido preponderantemente à ideia da época de que determinados direitos estariam intrinsecamente ligados a própria essência do ser humano e que nem mesmo o fenômeno máximo que cria a constituição poderia atentar contra eles. No mundo contemporâneo tal raciocínio jurídico permanece em vigor, tendo apenas mudado o parâmetro de controle das ações políticas do poder constituinte originário, que deixou de ser os antigos direitos naturais, e passou a ser a noção moderna de direitos Humanos. Isso se deve ao fato de que os atuais direitos Humanos nada mais são do que uma decorrência lógica dos direitos naturais, adaptadas para a concepção jurídica dominante no pós-guerra. É dentro de tal revolução, que os direitos humanos passam sistematicamente a exercer uma função limitadora, que terá sua legitimidade analisada a seguir.

3.1 A fundamentação jurídica do poder constituinte originário

O poder constituinte originário é um evento político e jurídico que institui o Estado por meio da criação de um ordenamento constitucional. Nesse aspecto conforme definição de Tatiana Del Giudice Cappa Chiaradia:

A teoria do Poder Constituinte é uma doutrina de legitimação do poder, decorrente da nova forma de manifestação do poder político, fundado na soberania nacional e popular, e surgida depois dos movimentos históricos e revolucionários do século XVIII descritos anteriormente (pág, 156, 2009).

Sendo assim a teoria do poder constituinte possui sua natureza assentada na razão humana (CHIARADIA, 2009), sendo produto da necessidade política de criar mecanismos que deem legitimidade ao exercício da soberania de cada nação.

Entretanto, é importante observar algo que o próprio Rousseau já analisava; a soberania é um exercício de autodeterminação de uma comunidade politicamente organizada. Por conta disso, a soberania deve sempre agir segundo o melhor interesse da comunidade.

E é justamente nesse ponto que a presente argumentação irá focar: sendo a natureza do poder constituinte a própria razão humana, e sendo sua finalidade a legitimação do poder político e soberania nos Estados modernos, a noção idealizada por Rousseau de “melhor interesse da comunidade” passa pela noção moderna de direitos Humanos.

3.2 Direitos humanos como fundamento ético limitador do estado moderno

Os direitos Humanos são um conjunto de normas com o intuito de proteger o indivíduo enquanto cidadão universal (BOBBIO, 2004). O conjunto de normas que compõe tal paradigma é decorrente de diretrizes oriundas de um processo de afirmação histórica (COMPARATO, 2005) provenientes das experiências vividas pela humanidade, em especial no pós-guerra.

A historicidade dos direitos Humanos é proveniente da dialética entre desenvolvimento econômico, social e rupturas institucionais, e tem como função a limitação do poder político e a reafirmação da dignidade da pessoa humana com fim máximo dos Estados modernos (FERREIRA FILHO, 2012).

Em síntese, a noção de direitos Humanos surge das tragédias da primeira e segunda guerra mundial, em especial os acontecimentos do Holocausto, que geraram na comunidade internacional uma sensibilização quanto à necessidade de se instituir normas mínimas e universais que possibilitassem a integração jurídica do gênero Humano sob uma perspectiva uniforme de garantias que oportunizassem o respeito à dignidade humana, sendo dessa forma os direitos Humanos, uma noção universal do justo e ideal proposto pela comunidade internacional após as experiências históricas da humanidade.

Em razão de tal raciocínio, é possível remeter ao ponto exposto anteriormente. O melhor interesse da comunidade, conforme Rousseau, tal qual a soberania se sujeita, pode ser entendido atualmente como a proteção dos direitos Humanos, sendo por isso, uma limitação ao exercício da soberania e conseqüentemente do exercício do poder constituinte nas comunidades políticas modernas.

4 | A FUNDAMENTAÇÃO DOS LIMITES TRANSCEDENTES DO PODER ORIGINÁRIO

O autor português Jorge Miranda já levantou a possibilidade de limitação do poder constituinte originário em razão dos direitos naturais, e dos valores éticos, chamando-os de limitações transcendentais (MIRANDA, 2015).

Tais limitações nada mais são do que os argumentos acima deduzidos.

Os direitos naturais e a ética, formam um conjunto que idealizou a noção moderna de direitos humanos. Nas palavras de Fábio Konder Comparato:

Os direitos Humanos em sua totalidade- não só os direitos civis e políticos, mas também os econômicos, sociais e culturais; não apenas os direitos dos povos, mas ainda os de toda a humanidade, compreendida hoje como novo sujeito de direitos no plano mundial- representam a cristalização do supremo princípio da dignidade da pessoa humana (Pag. 623, 2011).

Por conta disso os direitos Humanos podem ser concebidos como a nova fonte transcendente de limitação ao poder constituinte originário, uma vez que, sendo ele o imperativo ético máximo no mundo jurídico contemporâneo a ser respeitado, além de ser delineado como a concepção máxima de respeito aos povos, atuará como fonte material de limitação ao poder soberano da própria comunidade.

4.1 A limitação do poder constituinte pelos direitos humanos

Nos tópicos anteriores foi abordada a questão exclusiva pertinente aos Direitos Humanos como fonte material de limitação. Contudo cabe ainda um segundo raciocínio pertinente ao tema.

Os estados modernos que surgem com o advento da revolução francesa, têm como pressupostos filosóficos básicos a ideia de limitação do poder político (FERREIRA FILHO, 2012), fato que pode ser vislumbrado com a adoção de constituições escritas e do modelo baseado na separação dos poderes, que deu origem ao período jurídico conhecido como liberal.

Foi exatamente nessa esteira de eventos históricos que a doutrina do poder constituinte originário surge, como maneira de legitimar o poder soberano do estado, conforme já analisado.

Seria de uma completa desconexão com a realidade, partindo desses fatos, presumir que o poder constituinte é efetivamente sem limitações. Se o fundamento filosófico do poder constituinte surge em um período que tinha como principal bandeira

o combate ao despotismo político, a própria essência do poder constituinte está condicionada a uma interpretação histórica de tal contexto, bem como teleológica.

É de tamanha irracionalidade presumir que o poder constituinte possui um poder sem limitações, sendo que sua própria criação deriva de uma noção de poder político respaldado por limites.

Se a finalidade máxima do poder constituinte é a criação de um Estado limitado e racionalizado, ele próprio está condicionado aos exatos mesmos termos, ou seja, a sua finalidade o sujeita a uma condição de limitação, sob pena de seu exercício configurar um autêntico desvio de finalidade, conforme a doutrina jurídica atual cunha alguns atos administrativos.

Seguindo tal corrente Canotilho anota que:

A doutrina actual rejeita esta compreensão. Desde logo, se o poder constituinte se destina a criar uma constituição concebida como organização e limitação do poder, não se vê como esta “vontade de constituição” pode deixar de condicionar a vontade do criador (Pag. 81, 2003).

Se o poder constituinte existe para legitimar a soberania popular como fonte de criação do estado moderno, impossível pré-conceber tal fenômeno como autorizado de realizar atos que importem em atentar contra o próprio povo que o exerce. Com isso se conclui que sua finalidade deve respeitar sua própria função, na criação de um estado que respeite e garanta a execução integral dos direitos Humanos como padrão ético mínimo para a preservação da dignidade da pessoa humana.

5 | AS LIMITAÇÕES DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO EM FACE DO DIREITO INTERNACIONAL

Conforme explana Hee Moon Jo:

O termo “direito internacional” (international law) foi utilizado pela primeira vez por Jeremy Bentham, em 1789, em seu livro “Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, onde o autor provavelmente procurou precisar o termo “Law of nations”, usado até então (Pag. 39, 2004).

O autor prossegue usando a definição de Celso Mello para conceituar o direito internacional moderno como: “o conjunto de regras que determinam os direitos e os deveres respectivos do Estado nas suas relações mútuas (Fauchile) (MOON JO, pag. 40, 2004)”.

O direito internacional durante um logo período, de domínio positivista, foi entendido como meramente o direito regulatório dos Estados como sujeitos internacionais. Contudo, após a primeira guerra mundial se iniciou um processo lento de transição, que paulatinamente introduziu ao plano internacional uma serie de sujeitos novos, capazes de possuírem personalidade legal internacional (MOON JO, 2004).

Em última análise, o direito internacional é o ramo que regula as relações entre os Estados e outras entidades com personalidade jurídica internacional, visando à cooperação, desenvolvimento e manutenção da paz.

O principal meio pelo qual os Estados impõem e aceitam obrigações no plano internacional, são os tratados internacionais, que podem ser definidos nas palavras de Hee Moon Jo como “um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regidos pelo DI, quer inserido num único instrumento, quer em dois ou mais instrumentos conexos, e qualquer que seja a sua designação específica (MOON JO, pag.86, 2004)”.

Por conta disso, uma vez que o Estado em questão celebre um tratado internacional, tal instrumento passa a possuir força normativa de lei para o respectivo Estado, o obrigando no plano internacional a seu cumprimento.

Esta constatação é de fundamental importância para a tese aqui trabalhada.

5.1 Tratados internacionais como fontes de limitação de soberania

Originalmente, o poder constituinte foi concebido como sem limitações jurídicas, uma vez que representava a manifestação máxima da soberania popular na criação de um Estado (FERREIRA FILHO, 1999), contudo é importante frisar a finalidade última do poder constituinte.

A doutrina criada por Seiyès é tida como uma tese de legitimação do poder político, responsável por delimitar e criar as bases do Estado moderno, no entanto a própria noção de Estado precede o fenômeno jurídico-político do poder constituinte.

O poder constituinte originário não é responsável pela criação do Estado na sua acepção clássica, mas apenas a criação dos moldes políticos e jurídicos por meio do exercício da soberania popular. Posto isso, é necessário antever que o Estado, enquanto sujeito de direitos no plano internacional, independe do fenômeno constituinte interno que o estrutura.

Se o raciocínio acima for aceito, é necessário admitir que uma vez que o Estado tenha se obrigado a realizar determinados atos no plano internacional, tais obrigações se impõem ao ente, independente do fenômeno constituinte e suas opções políticas.

Isso pode ser vislumbrado no pensamento de vários autores, como Canotilho que escreve ao tratar das limitações do poder constituinte, que ele, “Encontra-se vinculado a princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância dos direitos humanos) (CANOTILHO, pag. 81, 2003)”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, outro autor português, Jorge Miranda, aduz em seus escritos que uma das limitações possíveis para a atuação do poder constituinte é chamada de limites heterônomos e são oriundos de outros

ordenamentos jurídicos, sendo em princípio os *jus cogens* e regras ou atos de direito internacional, sua principal fonte de limitação.

O autor conceitua com brilhantismo que:

Limites heterônomos de Direito Internacional, com carácter especial, são os que correspondem às limitações do conteúdo da Constituição por virtude de deveres assumidos por um Estado para com outros ou outros Estados ou para com a comunidade internacional no seu conjunto (MIRANDA, pag. 238, 2015).

Note-se que a limitação proposta por Miranda possui uma abrangência e objetividade maior que a de Canotilho, por conta disso entendemos que a razão esteja com o Mestre de Lisboa, posto que as obrigações de direito internacional atinjam ao Estado como pessoa jurídica autônoma, e não aos seus cidadãos, e que os tratados são instrumentos passíveis de gerar obrigações em relação ao plano internacional, atuando como limitadores de soberania dos Estados e, conseqüentemente, possuindo o condão de condicionar a atuação do poder constituinte, uma vez que tais obrigações são assumidas pelos Estados enquanto entes supra individuais. Com isso se conclui que os tratados condicionam o direito constitucional interno, criado pelo constituinte, a exemplo do que ocorre com os direitos Humanos.

Tal influencia recíproca entre o direito internacional e a constituição interna, pode ser avaliada pelas conclusões de Néstor Pedro Sagüés:

Paralelamente, el derecho internacional público también condiciona hoy al derecho constitucional. Así, por ejemplo, un instrumento como el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Interamericana de Derechos Humanos) impede, en tanto no sea denunciado, que el Estado signatario desconozca en su constitución (o en el resto del derecho interno) los derechos que proclama dicho Pacto (Pag. 41-42, 2001).

Com isso conclui-se que o direito internacional, enquanto propulsor de obrigações para os Estados por meio de tratados internacionais, atua como fonte material de restrição do poder constituinte, impondo a este último a necessidade de observância dos preceitos legais assumidos pelo Estado em relação à comunidade internacional.

Um claro exemplo de tratado internacional apto a limitar a atuação do poder constituinte, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que se torna documento hábil para suscitar o princípio do não retrocesso em temas de Direitos Humanos, impondo aos Estados sua observância, mesmo após novo processo constituinte.

6 | A LIMITAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E AS FINALIDADES DO ESTADO MODERNO

Uma vez que tenha sido trabalhada a noção de limitação ao poder constituinte em razão dos direitos Humanos e do direito internacional, é necessário retroceder

ao núcleo duro dos Estados modernos para consolidar a tese de limitação aqui proposta. Não basta assumir que os imperativos éticos da noção moderna de direitos Humanos e a normatividade de tratados internacionais aos Estados são as únicas fontes a serem observadas na criação e modulação das constituições internas, mas também a própria essência dos Estados e suas características principais atuam como parâmetro de controle para as atuações do poder constituinte a todo o momento, garantido seu exercício legítimo.

A expressão “Estado” aparece pela primeira vez no livro de Maquiavel, O Príncipe, passando a ser associada às cidades estados da época. Contudo tal conceito sofreu uma evolução histórica, até ter sua acepção moderna consolidada no século XVI, para definir uma sociedade política possuidora de características próprias (DALLARI, 2015).

Dentre as teorias que explicam a criação do Estado, aquela que possui a maior relevância para o tema aqui tratado é sem sombra de dúvida a contratual, com seus expoentes mais importantes como Locke, Hobbes e Rousseau.

O fato determinante, é que independente da teoria que se utilize para explicar a sua criação, os autores em geral conceituam quatro elementos indispensáveis para que se possa reconhecer a existência de uma sociedade política organizada. Tais elementos são: povo, território, soberania e finalidade. (DALLARI, 2015).

Eles se relacionam de uma maneira a garantir que o Estado possua um povo que o estruturara, em um determinado território e que possuam capacidade e autonomia de se governarem livremente, não tendo suas decisões políticas amarradas a nenhuma vontade exterior ao corpo social.

É com base nesses quatro elementos que o Estado moderno se consolida e, a partir do fenômeno do poder constituinte, passa a se organizar politicamente e juridicamente.

É exatamente esse ponto de confluência entre os elementos do Estado e sua organização em um corpo político e jurídico pelo poder constituinte que deve ser observado.

Como já foi dito anteriormente, o poder constituinte não cria os Estados, mas apenas estrutura-os, ou seja, atua como um preenchimento político de maneira a garantir estabilidade social. Com isso é de notória obviedade que o poder constituinte se submete aos elementos do Estado, que o precede e direciona sua finalidade. Aqui se encontra o núcleo do raciocínio pertinente à limitação trabalhada.

Se os elementos do Estado logicamente precedem o poder constituinte e são necessários para sua manifestação, uma vez que o poder constituinte só ocorre em um Estado formado, é necessário entender que o próprio poder constituinte deve balizar suas ações políticas para garantir e preservar os elementos mais básicos que compõem tal sociedade.

É notório que o poder constituinte possui, de fato, uma clara limitação, não podendo abrir mão ou lesar as noções de soberania, povo e território, sob pena de extinguir o próprio Estado e conseqüentemente seu local de atuação. O autor português, Jorge Miranda, conceitua tais limites como Imanentes e diz:

[...] decorrem da noção e do sentido do poder constituinte formal enquanto poder situado, que se identifica por certa origem e finalidade e se manifesta em certas circunstâncias; são os limites ligados à configuração do Estado à luz do poder constituinte material ou à própria identidade do estado de que cada Constituição representa apenas um momento da marcha histórica. E compreendem limites que se reportam a soberania do Estado e, de alguma maneira (por vezes), à forma de Estado, bem como limites atinentes à legitimidade política em concreto (Pag. 237, 2015).

O raciocínio pertinente ao tema é simples.

Se o poder constituinte tem como pressuposto de existência um Estado no qual ele atua, é inegável que sua essência se condiciona a manutenção do próprio estado.

Por conta disso, o poder constituinte encontrará limitações em face da soberania nacional, território e do povo que compõe o Estado pelo qual ele atua como constituidor da ordem política.

Assim, impensável se torna, por exemplo, a possibilidade de o poder constituinte abrir mão da soberania nacional em seu processo constituinte.

Também não se vislumbra como legítimo que o mesmo poder aqui analisado atente contra o povo que compõe o Estado pelo qual ele atua. Dessa forma, constituições segregacionistas, por exemplo, estariam despidas de sua legitimidade, em função de uma clara opção do constituinte de dividir e estabelecer diferenças raciais para um mesmo povo de um mesmo Estado.

Nesse diapasão, tem-se como norma paradigmática e contestável atualmente, a restrição constitucional brasileira, em face dos analfabetos, constante no art. 14, § 4º da Constituição, que limita injustificadamente a atuação política de tal grupo, violando direitos fundamentais básicos de uma parcela do povo que compõe o Brasil.

A existência de tais normas, mesmo que provenientes do poder constituinte originário deverão ser consideradas inválidas por atentar contra os pressupostos de controle aos quais se submete o poder político instituidor.

Dessa forma, o poder constituinte deverá atuar de maneira a manter a coesão fundamental que sustenta as instituições políticas do Estado moderno.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um Estado democrático de direito, se faz de fundamental importância que todos os poderes responsáveis pela organização e manutenção encontrem seus

respectivos freios e contrapesos.

A célebre formulação de Montesquieu não deve se deter apenas no que tange a organização do Estado, pelo contrário, deve inundar todos os aspectos da dogmática jurídica.

Estabelecer limitações materiais ou formais ao exercício do poder, mesmo que fruto da soberania e autodeterminação possui uma clara intenção de evitar abusos futuros.

Dentro de tal perspectiva, os direitos Humanos, os tratados internacionais, bem como os elementos do Estado, se tornam parâmetro para a presteza própria que o poder constituinte possui na classe jurídica.

Em razão disso, é necessário concluir que normas constitucionais, mesmo que próprias do constituinte, também possuem um controle externo, devendo ser invalidadas quando contrárias a qualquer um dos interesses aqui presentes.

Atos do poder constituinte que atentem contra as limitações aqui analisadas são nulas. Conseqüentemente, não possuem o condão de produzir efeitos, e devendo ser invalidadas pelo judiciário em um controle externo, buscando seus fundamentos em questões relativas a tratados, direitos Humanos e teoria do Estado.

Obviamente a noção aqui trabalhada não deve ser banalizada, a ponto da soberania e autodeterminação se tornarem ínfimas.

O que se busca efetivamente com o proposto é não se permitir maiores interferências indevidas do judiciário na política, mas apenas garantir que todo exercício de poder no Estado de direito encontrará um contraponto valorativo, para a garantia do exercício razoável do poder.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003.

CHIARADIA, Tatiana del Giudice Cappa. **A essência do Poder Constituinte**. 2009. 260 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva,

2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

____. **Estado de Direito e Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

____. **O Poder Constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JO, Hee Moon. **Introdução ao Direito Internacional**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. 2. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2012.

SAGUÉS, Néstor Pedro. **Elementos de derecho constitucional: tomo I**. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2001.

OPERAÇÕES DE FUSÕES E AQUISIÇÕES (M&A) CONFORME A TEORIA DOS JOGOS

Data de aceite: 23/03/2020

Andreza Molinário Procópio

<http://lattes.cnpq.br/7646951657055132>

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho se justifica pela possibilidade de estudo das operações de Fusões & Aquisições (*Mergers And Acquisitions - M&A*) utilizando conceito científico-econômico através da Teoria dos Jogos, visando ampliar a ótica jurídica das operações de Fusões & Aquisições.

Mostra-se essencial que a hermenêutica do operador do Direito se pautem em técnicas de interpretação novas ou advindas de outras áreas de pesquisa, eficazes na discussão do problema proposto.

Muito famosa é a aplicação da Teoria dos Jogos no Direito Processual, especialmente ao que se relaciona com o Dilema dos Prisioneiros, tipo de jogo mais conhecido da Teoria dos Jogos, onde se analisa a cooperação versus o interesse próprio dos *players* (jogadores). Contudo, o presente trabalho fugindo do senso comum busca a

análise da aplicação da Teoria dos Jogos nas operações societárias de fusões e aquisições.

As operações de Fusões & Aquisições são cada vez mais comuns no mercado brasileiro. Um estudo apresentado pela empresa PWC (PricewaterhouseCoopers Brasil Ltda.) em seu sítio eletrônico aponta que, no acumulado de 2019 até outubro, foram anunciadas 708 (setecentos e oito) transações (fusões, aquisições, compras, joint ventures, incorporação e cisão) no mercado brasileiro, um volume 32% (trinta e dois por cento) superior ao mesmo período de 2018 (538 transações).

Como num jogo, onde os *players* buscam o resultado através da implementação de estratégias, da racionalidade para buscar o melhor resultado em cada cenário, assim se assemelham as operações de fusões e aquisições, onde vendedores e compradores buscam através de estratégias, em um determinado cenário, maximizar os resultados, de acordo com seus interesses.

Não se trata de ganhar ou perder, mas de como serão utilizadas as informações, de como a tática poderá determinar uma situação e influenciar no poder de decisão dos *players*. A estratégia ou tática podem influenciar o

valuation, ou seja, o valor de avaliação da empresa, isso porque ao comprador interessa determinar um valor mínimo pela compra da empresa enquanto ao vendedor interessa o valor máximo aceitável pela negociação, ambos avaliam os *payoffs* (ganhos e retornos), restando evidente que os *players* precisarão coordenar suas decisões em um ponto focal, num verdadeiro Equilíbrio de Nash.

Através do método dedutivo que constitui um processo de análise da informação para que seja produzido um resultado final e utilizando-se de revisão bibliográfica de obras que versam sobre Fusões & Aquisições e Teoria dos Jogos, pretende-se analisar as operações de fusões e aquisições conforme a Teoria dos Jogos e verificar se os *players* estão dispostos a encontrar as melhores estratégias e combiná-las para a tomada de decisão.

Este estudo busca entender ainda se as técnicas de análise e mensuração de riscos, como a Análise de Sensibilidade, Análise de Cenário e Simulação de Monte Carlo, por exemplo, participam do processo decisório e se estes modelos podem ser analisados à luz da Teoria dos Jogos.

2 | CONCEITOS

2.1 Fusões e Aquisições ou Mergers and Acquisitions (M&A)

São chamadas fusões as operações societárias nas quais duas ou mais sociedades se unem com o objetivo de formar uma terceira empresa, que sucederá as duas anteriores em direitos e obrigações, extinguindo-se as sociedades antecedentes fundidas. Neste caso temos as fusões por união.

Também são consideradas fusões as operações onde duas ou mais sociedades são absorvidas por outra. Neste caso temos as fusões por incorporação.

Já as aquisições consistem na transferência da propriedade de uma empresa para outra, podendo ser estruturada como operação de venda de ações da empresa ou venda de ativos.

Quando se fala em Fusões e Aquisições tem-se algo muito mais amplo do que os conceitos de fusão e aquisição, propriamente ditos, isso porque o termo fusões e aquisições “*identifica o conjunto de medidas de crescimento externo ou compartilhado de uma corporação, que se concretiza por meio da “combinação de negócios” e de reorganizações societárias*”, (BOTREL, 2017. p. 23).

O que caracteriza uma operação de M&A é basicamente a sua finalidade, partindo do pressuposto que as empresas buscam ao máximo a geração de valor para seus sócios ou acionistas. Deste modo, as Fusões & Aquisições são utilizadas como estratégia de crescimento da participação no mercado e aumento da

lucratividade, em detrimento à dependência do crescimento orgânico da empresa, que pode demandar tempo demasiado e investimentos maiores que os custos envolvidos nos processos de *M&A*.

2.2 Motivos ensejadores das operações de Fusões e Aquisições

Uma empresa atuante em diversos segmentos de mercado pode entender que determinado nicho de negócios pode ser atrativo para exploração ou que pode reforçar a sua operação. De mesmo modo um nicho em que atua pode não representar mais foco de seus negócios ou seus resultados são insatisfatórios. Nesses cenários faz sentido para esta empresa vender um de seus segmentos e com os valores obtidos reinvestir na sua operação ou adquirir outros nichos que façam mais sentido às suas estratégias atuais de negócios. Esse processo é denominado **redirecionamento estratégico** e constitui um dos motivos ensejadores das operações de Fusões & Aquisições.

As Fusões & Aquisições podem ocorrer por **necessidade de crescimento** da empresa adquirente, para a eliminação ou afastamento da **concorrência** já que o seu crescimento orgânico pode ser muito mais demorado, envolver mais riscos e demandar maiores investimentos.

A aquisição de uma empresa pode agregar **conhecimento** de um nicho de mercado ou segmento até então desconhecido, potencializando as oportunidades de ganho com a **sinergia** formada pelas empresas e seus processos, pode apresentar redução de custos, de esforços operacionais, preenchimento de lacunas com relação a recursos, talentos e especialidade de outra empresa, representando verdadeira **combinação de recursos complementares**.

Além disso, a aquisição de uma empresa pode ser o melhor meio de **utilização de recursos disponíveis ou do fluxo de caixa livre**, utilizando os recursos disponíveis a fim de promover um crescimento, cujo ciclo já se mostrava em declínio.

BARNEY e HESTERLY (2007, p. 284) apontam ainda a **arrogância** como outra razão para investimentos em fusões e aquisições:

Outra razão pela qual os gerentes podem decidir a continuar a investir em fusões e aquisições – apesar de, em média, não obterem lucros com isso – é a existência do que tem sido chamado de **arrogância gerencial**. É a convicção ilusória, mantida por gerentes de empresas compradoras, de que podem administrar os ativos de uma empresa-alvo com mais eficiência que a gerência atual dela. Essa noção pode levar empresas compradoras a adotar estratégias de aquisição, mesmo que isso não resulte em lucros econômicos positivos.

Em estudo apresentado pela consultoria PWC (PricewaterhouseCoopers Brasil Ltda.) constante em seu sítio eletrônico verifica-se a evolução das transações ocorridas no mercado brasileiro entre os anos 2002 e 2019. Dentre as quais, os maiores números são representados pelas Aquisições, transações onde ocorrem

transferências das cotas ou ações e o controle da empresa, seguidas das operações de compras, onde o controle da empresa não é transferido junto com as ações, adquire-se, geralmente, parcela inferior a 50% do capital. Em contrapartida, as operações de fusões vêm encolhendo nos últimos anos, é o que se conclui da análise do gráfico abaixo inserido:

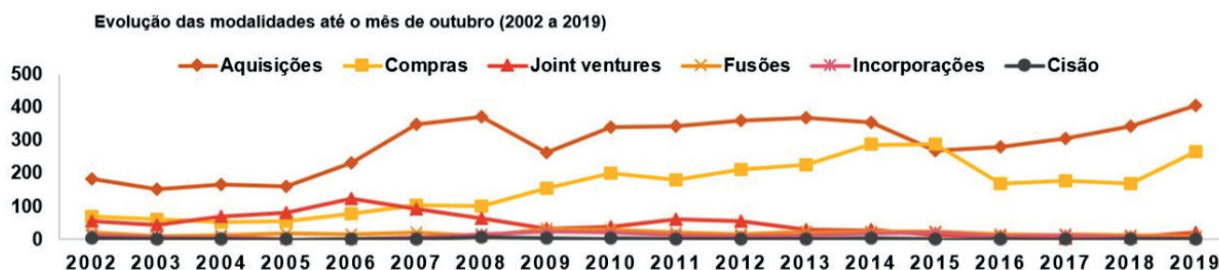


Gráfico 1 - evolução das modalidades até setembro (2002 a 2018)

O perfil das transações realizadas até outubro de 2019, em comparação ao mesmo período de 2018, aponta que as aquisições em 2019 ficaram 19% a frente do volume realizado em 2018. Já as operações de fusões em 2019 apresentam uma redução de 15% em relação a 2018.

Perfil de Transação	Total		Variação (%)
	2019	2018	2018-2019
Aquisições	406	342	19%
Compras	265	169	57%
Joint Ventures	20	6	233%
Fusão	11	13	-15%
Incorporação	5	7	-29%
Cisão	1	1	-

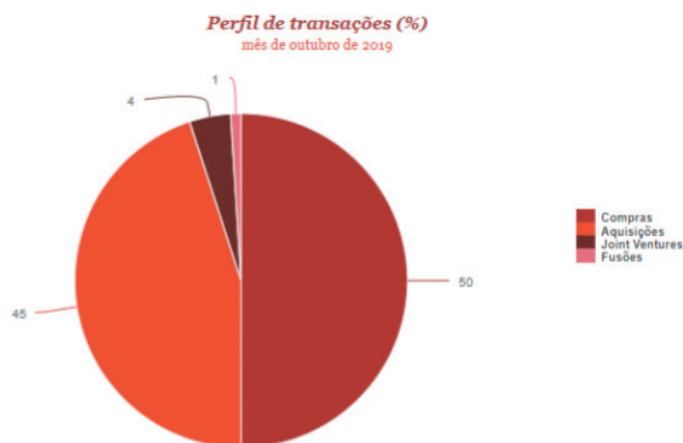


Gráfico 2 - perfil das transações (%)

BOTREL (2017, p. 123) afirma que “as fusões são operações raras no mercado de transações brasileiras”. Isso se deve ao fato da complexidade de tal operação, cujo objetivo pode ser alcançado utilizando-se outras modalidades jurídicas com maior eficiência. Toda a burocracia que envolve a criação de uma nova pessoa jurídica, licenças e autorizações governamentais, unificação de registros, recadastramento de fornecedores e clientes, além da possibilidade de extinção de algumas prerrogativas fiscais, dificuldades para desfazimento futuro do negócio em

caso de desentendimento dos sócios, explicam a baixa adesão a esse modelo de negócio, o que é demonstrado nos dois gráficos analisados que apontam redução desse tipo de transação ao longo dos últimos anos.

2.3 A Teoria dos Jogos e o Equilíbrio de Nash

O estudo da Teoria dos Jogos aponta como precursores John von Neumann e Oskar Morgenstern, apresentando ainda importantes contribuições de Jean Piaget, Girolamo Cardano e Antonie Augustin Cournot, dentre outros estudiosos e observadores das estratégias dos jogos que apresentavam modelos e técnicas de análise, partindo de fundamentação matemática para explicar as escolhas dos jogadores através de estratégias. Há que se ressaltar a contribuição do estudioso John F. Nash Jr. (1928-2015), importante matemático norte-americano, que definiu uma noção de equilíbrio para modelos de jogos, o denominado Equilíbrio de Nash.

Nash, a partir de sua noção de equilíbrio, conseguiu demonstrar que a escolha racional dos players pela melhor estratégia individual nem sempre conduz ao melhor resultado, o equilíbrio deve ser encontrado para que o melhor resultado seja atingido, onde cada jogador precisa antecipar-se à escolha dos demais e acreditar que cada estratégia é a melhor resposta possível às estratégias dos demais jogadores.

Ao conceituar a Teoria dos Jogos RÍOS, (2018, p. 229) concluiu que:

é uma disciplina destinada a proporcionar instrumentos para adotar decisões em situações de competição ou de conflito, a partir da construção de uma matriz formal, na qual ingressam as decisões de outros jogadores, assim, como as características objetivas do assunto a definir ou a resolver. Isso possibilita compreender a situação, as diferentes estratégias dos envolvidos, explicar o conflito ou objetivo comum, assim as suas possíveis soluções.

Pode-se afirmar que a Teoria dos Jogos representa uma teoria científico-econômica utilizada para analisar situações onde dois ou mais agentes, distintos e interdependentes entre si, interagem, sendo que a escolha de cada jogador depende da ação individual dos demais jogadores. As estratégias adotadas por um jogador influenciam na decisão do outro.

Os jogos podem ser classificados de acordo com o número de jogadores, em razão do número de estratégias e em razão do grau de cooperação. No entanto, o que permitirá aos jogadores atingirem resultados cooperativos, mesmo em jogos não cooperativos será o equilíbrio.

Alguns modelos de jogos foram criados para ilustrar situações de interação entre os jogadores e suas escolhas, dentre os quais analisar-se-á **a batalha dos sexos, o dilema dos prisioneiros, o jogo do galinha, o jogo da caça ao cervo: o dilema do contrato social e o gavião-pomba (*hawk-dove*).**

O modelo denominado a **batalha dos sexos** apresenta o problema da

coordenação com várias opções, onde um casal precisa decidir onde se encontrar e o programa que farão para passar a noite juntos. O homem prefere ir a um jogo de futebol, enquanto a mulher prefere ir a um show de música, o problema é que eles precisam se encontrar, sem que se comuniquem, devendo ambos optar por um dos dois eventos, conforme a ilustração a seguir.

Mulher	Homem	
	Futebol	Show
Futebol	1, 2	-1, -1
Show	-1, -1	2, 1

Tabela 1: a batalha dos sexos

Neste modelo, os jogadores obtêm maior recompensa se decidirem o mesmo programa e conseguirem se encontrar, pois a melhor estratégia para ambos é passar a noite juntos, dessa forma, mesmo que a mulher prefira ir ao show e o homem prefira ir ao futebol, fazer o programa sozinho não é a vontade de nenhum deles, portanto, ambos preferem ficar juntos a fazer seus programas preferidos sozinhos. Neste caso, verifica-se a presença de dois equilíbrios de Nash (Futebol, Futebol) e (Show, Show), onde dois jogadores ganharão sempre que coordenarem suas decisões, mesmo possuindo preferências individuais distintas.

No **dilema dos prisioneiros** verifica-se a cooperação versus o interesse próprio. Neste modelo têm-se dois ladrões presos pela polícia, ambos suspeitos da prática delituosa, são isolados e recebem as seguintes opções: se um confessar e o seu parceiro não confessar, será liberado em razão de sua cooperação com a investigação, enquanto o seu parceiro terá uma pena de 04 anos em prisão estadual. Se ao contrário ele não confessar e seu parceiro o fizer, ele terá a respectiva pena e seu parceiro será liberado. No entanto, se ambos confessarem, perde valor a cooperação individual e terão pena de 02 anos em prisão estadual. No entanto, mesmo não informados pela polícia, ambos sabem que caso ambos não confessem serão soltos após um ano de detenção, por vadiagem, conforme ilustrado abaixo:

Ladrão 01	Ladrão 02	
	Confessa	Não Confessa
Confessa	-2, -2	0, -4
Não Confessa	0, -4	-1, -1

Tabela 2: o dilema dos prisioneiros

Analisando a melhor estratégia o resultado óbvio a ambos seria confessar, pois caso um deles escolher não confessar será prejudicado pelo outro, que anulará sua pena confessando. No entanto, caso pudessem se comunicar o resultado do jogo poderia ser diferente, onde ambos, provavelmente não confessariam e teriam a liberdade após um ano.

O dilema dos prisioneiros demonstra que em determinados processos de interação a melhor escolha estratégica para si pode não ser a melhor escolha para todos, portanto a melhor escolha é aquela que traduz o equilíbrio entre as vontades individuais e as melhores escolhas para o grupo.

O **jogo do galinha** traduz-se numa competição destrutiva, ilustrada por dois adolescentes que resolvem dirigir seus carros um em direção ao outro objetivando identificar quem desvia primeiro, que será considerado covarde e apelidado de “galinha” pelos companheiros, o que não desviar terá a fama de durão. Se ambos desviarem ao mesmo tempo não haverá perdedores e vencedores, mas se ambos não desviarem sofrerão acidente grave, colocando as próprias vidas em risco, conforme ilustração abaixo.

Adolescente 01	Adolescente 02	
	Desvia	Não Desvia
Desvia	-2, -2	2, -1
Não Desvia	-1, 2	0, 0

Tabela 3: jogo do galinha

Neste caso a pior estratégia seria não desviarem, enquanto a melhor resposta seria ambos desviarem. No entanto, aplicando-se o conceito do Equilíbrio de Nash, verifica-se novamente a existência de dois equilíbrios, onde a melhor resposta é não desviar se o outro desvia ou desviar se o outro não desvia. Ou seja, a melhor resposta, o ponto de equilíbrio nesse jogo seria evitar o enfrentamento.

Já no **jogo da caça: o dilema do contrato social** têm-se dois caçadores posicionados na mata na busca de caçar um cervo, no entanto, nada os impede de aproveitar o seu tempo livre para caçar uma lebre, animal mais fácil de ser caçado, no entanto, com valor inferior ao do cervo, por possuir quantidade de carne menor que a metade do cervo. Se um deles optar por perseguir a lebre e o cervo escapar quem caçou a lebre não será obrigado a dividi-la com o outro caçador, já que poderia ocultá-la. Considerando que o cervo tem 03 vezes mais valor que a lebre ilustra-se abaixo a representação da recompensa de cada caçador para cada combinação de estratégias.

Caçador 01	Caçador 02	
	Cervo	Lebre
Cervo	3,3	0,1
Lebre	1, 0	1,1

Tabela 4: jogo da caça ao cervo: o dilema do contrato social

Dessa forma, é possível visualizar também dois equilíbrios de Nash neste jogo, com duas escolhas possíveis, ou ambos se mantêm fiel ao seu posto e voltam para casa com o cervo, ou ambos decidem abandonar seus postos e cada um volta pra casa com uma recompensa menor, mas com uma lebre cada. Neste caso, se um dos jogadores optar por um resultado individual aquele que se manteve fiel ao objetivo inicial sairá prejudicado.

A mesma situação é descrita para analisar uma sociedade comercial, onde ambos os sócios precisam se dedicar para o crescimento dos negócios. Nesse modelo, só valeria a pena se esforçar se o outro se esforçasse também, caso contrário ambos decidiriam não se esforçar além do mínimo necessário, mesmo que isso resultasse num ganho menor para ambos.

No modelo **gavião pomba (*hawk-dove*)** dois animais, gavião e pomba, competem como será dividido um pedaço de comida por eles, podendo optar por um comportamento agressivo (*hawk*) ou passivo (*dove*). Se ambos forem passivos dividirão a comida de forma uniforme recebendo cada um 03 pedaços. Se um deles for agressivo e o outro for passivo, o agressivo ficará com 05 pedaços e o passivo com 01. Se ambos forem agressivos destruirão o alimentos e ambos ficarão com 0, conforme se ilustra na tabela abaixo:

Pomba	Gavião	
	Passivo	Agressivo
Passivo	3,3	1, 5
Agressivo	5, 1	0, 0

Tabela 5: jogo do gavião e a pomba (*hawk-dove*)

Nesse jogo há 02 possíveis equilíbrios (5,1 e 1,5), não sendo possível prever qual deles será utilizado. Esse tipo de jogo é denominado jogo anti-coordenação e o conceito de equilíbrio de Nash não fornece uma única opção, apenas auxilia na diminuição do conjunto de previsões razoáveis.

O jogo do gavião e a pomba pode ser aplicado para diversas ocasiões, basta

substituir os animais por dois países que escolhem sua política externa, dois concorrentes comerciais ao escolherem sua política comercial num determinado mercado, por exemplo.

Os modelos analisados são exemplos de tipos de jogos, dentre outros, que possibilitam a análise dos jogadores em situações de interação estratégica com a aplicação do Equilíbrio de Nash.

Muito embora a Teoria dos Jogos seja um estudo ligado à matemática, sua utilização em outros campos é comum e diversificada, o que encoraja a sua aplicação no estudo das Fusões & Aquisições, no que se relaciona ao comportamento dos players, compradores e vendedores.

2.4 Processo de negociação nas Fusões & Aquisições

De acordo com BOTREL (2012, p. 158) “a concretização de uma operação de F&A é fruto de um processo (conjunto de atos que se sucedem para a realização de um determinado objetivo) complexo e flexível de negociação”, já que envolve uma multiplicidade de análises. É também flexível porque não existe um procedimento obrigatório a ser seguido, permitindo às partes a livre condução das negociações. No entanto, em razão da consolidação das operações societárias no Brasil, é possível afirmar que existe um procedimento padrão, mas não obrigatório, adotado pelas empresas de consultoria e assessoria, os escritórios de advocacia e os bancos de investimentos contratados para prospectar investidores ou prestar assessoria nas operações.

O processo de negociação envolve a elaboração de documentos essenciais assinados pelas partes e com efeitos jurídicos. São eles: o **Teaser** – apresentação simplificada das características básicas da empresa, a **Letter of Intent** - carta de intenções, o **Term Sheet** – Proposta não vinculante, o **NDA** (*Non Disclosure Agreement*) – acordo de confidencialidade, o **MOU** (*Memorandum of understanding*) – memorando de entendimentos e, por fim o **Acordo de Base** e o **Contrato em Definitivo**.

A negociação é iniciada geralmente com a apresentação do *teaser*, documento que contém as informações básicas do negócio, mas que geralmente não divulga qual a empresa envolvida na negociação, revelada após a assinatura do NDA – Acordo de Confidencialidade e da informação de qual tipo de operação espera-se realizar.

Vencida essa fase inicial e havendo interesse da parte destinatária é preparado o Memorando de Informações (*Infomemo*) que normalmente contempla: a) sumário executivo da empresa, b) tese de investimento, c) a análise mercadológica, d) as informações gerais da empresa, e) as informações sobre as operações da empresa

e f) as informações financeiras da empresa.

Com base em todas as informações iniciais fornecidas e após os esclarecimentos que se fizerem necessários espera-se que os potenciais interessados apresentem uma proposta não vinculante, denominada NBO (*non binding offer*) ou *term sheet*. Através dessa proposta dá-se início negociação do preço e da estrutura da negociação.

Geralmente a conclusão de uma operação societária só ocorre após a realização de uma *due diligence*, fase de suma importância, geralmente realizada por empresas de consultorias especializadas. Tem como escopo o mapeamento de informações importantes da empresa e envolve a análise das atividades operacionais e não operacionais da empresa, abrangendo aspectos contábeis, financeiros, patrimoniais, societários, contratuais, trabalhistas, fiscais, de propriedade intelectual e regulatório – de acordo com o ramo de atuação da empresa –, com o objetivo de realizar o diagnóstico legal da empresa, o levantamento e a quantificação de passivo e contingências e, por fim, a emissão do relatório pelos auditores.

O processo de *due diligence* é conduzido por equipes treinadas para a análise de documentos e informações nas áreas citadas e se inicia com o envio de um *check list* e a escolha de *data room* que se aconselha ser fora das instalações das empresas envolvidas para que seja mantido o sigilo da negociação. Para transacionar as informações e documentos exigidos no *check list* é comum o uso de *data room* virtual, reduzindo assim a necessidade de encontros presenciais, que ficam restritos aos esclarecimentos essenciais.

A fase de *due diligence* envolve pessoas chave da organização das diversas áreas analisadas, sendo de grande importância estabelecer uma liderança interna que se certificará do atendimento de todos os prazos e exigências das auditorias e evitar que fatores emocionais ou alheios à negociação influenciem nessa fase, cuidando para que todos os atos sejam praticados de forma a garantir a boa-fé objetiva nos atos negociais, conforme defende NADER (2013, p. 30):

O Código Civil de 2002 introduziu o princípio da boa fé na teoria dos negócios jurídicos, trazendo com isso uma alteração de amplo alcance no campo obrigacional. A exigência de boa fé nos atos negociais não se refere à subjetiva, que se caracteriza pela seriedade das intenções, mas à de caráter objetivo, que independe do plano da consciência. Relevante, em face das novas regras, é que as condições do negócio jurídico, por suas cláusulas, revelem equilíbrio e justiça. Tem-se, em primeiro lugar, a disposição do artigo 113, de conteúdo ético, que orienta o operador para interpretar os negócios jurídicos “*conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”. Já o artigo 422 exige dos contratantes a observância dos princípios da boa fé e probidade, tanto na celebração quanto em sua execução. A boa fé nos contratos significa, portanto, a *honestidade* e *justiça* nas condições gerais estabelecidas.

Concluída a *due diligence*, o relatório final emitido pelos auditores pode persuadir as partes a dar seguimento às negociações ou encerrá-las, sem que

nenhum valor econômico seja devido, apenas comprometendo-se as partes ao dever de confidencialidade, conforme previsto no NDA – acordo de confidencialidade.

Estando as partes dispostas a dar seguimento nas negociações o momento seguinte será destinado à negociação do preço e das condições, em decorrência do relatório produzido na fase de *due diligence* ou caso não tenham sido fixados na proposta não vinculante. Havendo incongruências entre as partes recomenda-se a elaboração e assinatura do MOU – memorando de entendimentos, para retratar a evolução das negociações e estabelecer a base para a sua continuidade.

A discussão do preço numa operação societária, conduzida sob o amparo de assessorias financeiras, geralmente leva em consideração os laudos de avaliação da empresa denominados *valuation*, que adotam como métodos de valoração do negócio o fluxo de caixa descontado ou o EBITDA (Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization). Contudo, embora estes sejam os métodos mais utilizados para avaliação, existe uma liberdade para que o negócio seja avaliado de acordo com critérios ou outros índices financeiros e econômicos estabelecidos pelas partes.

Vencidas todas as fases anteriormente citadas, e, concluída a negociação, o processo se encerra com o Acordo de Base ou Contrato Definitivo, dependendo do tipo de operação societária a ser firmada definida pelas partes.

Este contrato deve ser elaborado de forma minuciosa para conter todas as informações, contingências e riscos apurados em cada uma das áreas analisadas e determinar as responsabilidades futuras acerca destes. Usualmente contém cláusulas de garantias, previsão de ressarcimentos e indenizações, além de estabelecer valor de retenção em depósito bancário de parte do preço para garantir possíveis contingências – *escrow account*, com a definição de prazo e condições para a sua liberação. Também é comum que sejam estabelecidas obrigações de fazer e não fazer, assim como cláusula que vete a concorrência do vendedor com o ramo de negócio do comprador, de forma direta ou indireta, por determinado período de tempo. As penalidades contratuais por descumprimento do contrato também são estabelecidas neste instrumento, que define ainda a forma de comunicação futura das partes, a possibilidade de arbitragem para solução de conflitos e a legislação aplicável.

O processo de *due diligence* assim como as disposições definidas em contrato são de suma importância e vinculam os negociantes e é nesse sentido que os tribunais do país têm decidido em conflitos decorrentes de operações societárias:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. AUSÊNCIA DE OBSCURIDADE, OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 e 356/STF. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. SÚMULA 5/STJ. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO

PROVIDO. 1. Não há falar em violação do art. 535 do Código de Processo Civil/73 pois o Tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio - tal como lhe foram postas e submetidas -, apresentando todos os fundamentos jurídicos pertinentes, à formação do juízo cognitivo proferido na espécie. 2. Para que se configure o prequestionamento, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal. Incidência das Súmulas 282/STF e 356/STF. 3. O Tribunal de origem consigna que **foi fornecido aos recorrentes todas as informações necessárias para a celebração e execução do contrato, informando-lhes de todas as circunstâncias relevantes para o negócio efetivado**, além de ter-lhes sido indenizado os prejuízos ocorridos até o montante de três milhões de reais, tal qual previsto em cláusula contratual. De tal modo, **aponta que não se verifica violação do princípio da boa-fé objetiva e reconhece a isenção de responsabilidade da recorrida pelos prejuízos supervenientes**. A reforma do aresto, nestes aspectos, demanda inegável necessidade de interpretação de cláusula contratual e reexame de matéria probatória, providências inviáveis de serem adotadas em sede de recurso especial, ante o óbice das Súmulas 5 e 7 desta Corte. 4. Agravo interno não provido. (***grifos nossos***).

(STJ - AgInt no AREsp: 992489 RJ 2016/0259033-3, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 18/05/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/05/2017).

Portanto, deve-se guardar a diligência necessária em cada fase que envolve as operações societárias, de forma a garantir seu sucesso ou respaldar futuros litígios.

2.5 Técnicas de Análise e Mensuração de Riscos

Para que o risco de uma operação seja mensurado é necessário que sejam consideradas as principais variáveis que impactam seu valor. Com esse objetivo algumas análises podem ser utilizadas, dentre as quais a Análise de Sensibilidade, a Análise de Cenários e a Simulação de Monte Carlo.

A Análise de Sensibilidade consiste em técnica simples de análise e parte do pressuposto que diversas premissas podem variar a qualquer tempo, não sendo controláveis pela empresa, mas podem impactar no resultado final. Deste modo, identificar as variáveis com maior impacto sobre o valor da empresa pode ajudar a aumentar o nível de controle sobre estas a fim de evitar grandes variações indesejadas no valor da empresa na fase de avaliação.

Inicia-se a análise, portanto, com as variáveis-chaves fazendo oscilações positivas e negativas em torno delas e realizando uma série de projeções de resultados. As variáveis com maior peso no resultado são identificadas através da análise da sensibilidade das premissas adotadas.

Embora seja uma análise capaz de identificar as variáveis críticas do negócio e que precisam ser avaliadas e gerenciadas tem como limitação a falta de determinação

do intervalo de confiança das variáveis e a correlação entre elas, não possibilitando uma análise linear, ensejando sub ou super avaliação do risco.

O método de análise de cenários permite minimizar as deficiências da análise de sensibilidade. Nesse estudo, devem ser envolvidos grupos de especialistas com capacidade para analisar os mais diversos contrapontos levantados. Uma das análises realizadas nesse modelo é a análise desenvolvida por Michael Porter em 1970 sobre as cinco forças competitivas e como interagem e como podem afetar o retorno sobre o investimento, a longo prazo. As cinco forças competitivas de Michael Porter mostram como a concorrência pode afetar o negócio e determinam a rentabilidade de determinado setor, são elas: a) novos entrantes no negócio, b) ameaça de substituição, c) poder de negociação dos compradores, d) poder de negociação dos vendedores, e) rivalidade entre as empresas que disputam o mercado.

PADILHA (2017, p. 177) concluiu que *“para a definição de cenários futuros de uma empresa é necessária uma análise detalhada das possibilidades futuras e a definição das variáveis relevantes e suas interdependências”*.

Nas análises de cenários, as variáveis são definidas e combinadas a fim de verificar sua possibilidade de ocorrência e sua inter-relação, utilizando técnica estimativa de dois cenários piores, dois cenários melhores em relação ao cenário base. Para cada cenário obtido passa-se a construção do fluxo de caixa futuro e o valor presente líquido (VPL), que após ponderado pelas probabilidades de ocorrência de cada cenário obtém-se o valor da empresa, o *valuation*.

Há de se ressaltar ainda a importância de se estudar o comportamento da concorrência, projetando cenários capazes de prever seus movimentos, como num verdadeiro jogo.

A principal crítica a esse modelo consiste na limitação de cenários possíveis e a atribuição empírica das probabilidades.

Na Simulação de Monte Carlo a análise é realizada a partir de uma simulação que desenvolve um modelo para representar o sistema que está sendo investigado. É considerado o mais eficiente dos modelos de análises, pois consegue verificar o efeito de diversas variáveis de forma concomitante e proporciona um melhor entendimento dos riscos envolvidos, o resultado dessa análise consiste em informar possibilidades e riscos e a decisão final dependerá de quanto risco está o investidor disposto a assumir e de seu perfil, se conservador, moderado ou agressivo.

De acordo com Padilha (2017, p. 179):

Como conceito, podemos interpretar que a Simulação de Monte Carlo é um processo de amostragem cujo objetivo é permitir a observação do desempenho de uma variável de interesse em razão do comportamento de variáveis que encerram elementos de incerteza. Esta análise é do tipo probabilística multivariada, que embora sejam um conceito simples, operacionalização desse processo requer o

Em qualquer negociação é importante analisar os riscos envolvidos. A utilização de ferramentas de análise em operações societárias mostra-se eficiente e permite ao investidor tomar decisões embasadas.

2.6 A Análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

As operações societárias de relevância geralmente possuem motivação econômica para sua realização e por isso devem passar pela análise e aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

O CADE é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, cujas atribuições são definidas pela Lei nº 12.529/2011, tem como missão zelar e garantir a livre concorrência no país e possui, dentre outras, a função de *“analisar e posteriormente decidir sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco a livre concorrência”*.

Os princípios constitucionais contidos no artigo 170 da Constituição da República garantem a livre concorrência, assim como o livre exercício de qualquer atividade econômica, no entanto, tal liberdade encontra limitações em outros princípios e garantias constitucionais, como o direito de propriedade, a vedação ao abuso do poder econômico e a consequente dominação dos mercados, a vedação à eliminação da concorrência e a proibição ao aumento arbitrário dos lucros, é o que se depreende da leitura do § 4º do artigo 173 da Constituição da República.

O artigo 36 da Lei 12.529/2011 entende como infração à ordem econômica, dentre outras, a ocorrência de posição dominante por empresa ou grupo de empresas que detenha parcela substancial de mercado relevante de bens ou serviços de forma que sejam capazes de, deliberada e unilateralmente, alterar as condições de mercado. A parcela substancial de mercado relevante considerada é de 20% (vinte por cento), podendo ser alterada pelo CADE, de acordo com o caso concreto, para setores específicos:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

(...)

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

(...)

1. PADILHA, Eduardo, op cit., p. 179.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Portanto, o papel exercido pelo CADE encontra respaldo constitucional e na lei que o regulamenta e visa impedir distorções que coloquem em risco a garantia constitucional da livre concorrência, devendo empresas e grupo de empresas submeterem processos de atos de concentração econômica à análise e autorização do CADE, evitando assim sanções punitivas, constituindo esta uma fase importante em operações societárias.

3 I AS OPERAÇÕES DE M&A SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS JOGOS

O cerne do presente estudo consiste na análise das operações de *M&A* sob a ótica da teoria dos jogos.

A teoria dos jogos proporciona aos negociadores a análise de cenários a partir da interação das partes e as probabilidades que podem ser aplicadas com a finalidade de obtenção de acordos.

Como já demonstrado, as operações de *M&A* envolvem processos complexos de levantamento de informações através da *due diligence*, análises de cenários com a aplicação de técnicas e fórmulas matemático-financeiras para possibilitar a elaboração do *valuation*, além da análise e aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Nesse sentido, analisar o comportamento dos *players* é de suma importância. Partindo do pressuposto que seja em fusões ou em aquisições há interesses opostos de duas ou mais empresas, mostra-se importante combinar interesses a um ponto de equilíbrio capaz de satisfazer ambas as partes.

Os processos de *M&A* costumam ser exaustivos às partes, considerando o grau de complexidade das operações e até mesmo as emoções envolvidas, já que muitas vezes as empresas compradoras demonstram logo de início a necessidade de otimizar os recursos humanos da nova organização.

Portanto, encontrar um ponto de equilíbrio para a negociação que se delineia, seja no seu *valuation*, *escrow account* ou quaisquer das cláusulas contratuais negociadas é um desafio que, em muitos casos, não encontra sucesso, cessando a negociação e não sendo possível a conclusão da operação societária, ficando cada qual com os custos a si impostos pela operação até o momento.

Nesse sentido, é importante entender que o resultado da negociação não depende exclusivamente do desempenho de um dos *players*, mas decorre da interação das estratégias e táticas utilizadas por todos os *players* ao longo do processo de

negociação. O comportamento dos jogadores durante o processo de *due diligence*, a correta exposição das informações e explicações, os motivos ensejadores da operação, assim como as disposições do memorando de entendimentos (*MOU*) e do contrato definitivo podem influenciar no resultado da negociação.

Cada processo de negociação é único e muitas empresas que desejam negociar sua operação ou ativos, erram ao não perceber que embora o jogo seja parecido a alteração de *players* faz toda a diferença e deve ter como consequência a alteração nas jogadas e estratégias a fim de determinar os *payoffs*.

Em uma negociação de aquisição, se for estabelecido que a negociação se fixará, num determinado momento, apenas no requisito preço de aquisição/venda e o vendedor tem como *valuation* o valor de R\$ 2 milhões (dois milhões de reais), enquanto o comprador tem como *valuation* o valor de R\$ 1 milhão (um milhão de reais), porém ambos, vendedor e comprador, aceitam negociar em R\$ 1,5 milhões (um milhão e quinhentos mil reais), mas nenhum deles conhece o limite estabelecido pelo outro, ou seja o preço de reserva e precisam decidir entre negociar ou não negociar, têm-se a ilustração do cenário em:

Comprador	Vendedor	
	Negocia	Não Negocia
Negocia	+ 0,5; -0,5	+0,5; 0
Não Negocia	0; -0,5	0; 0

Tabela 6: negociação de preço pelos players

A análise da tabela 6 aponta que a pior estratégia seria se ambas decidissem não negociar: os valores de compra e de venda ficariam em seus patamares originais e a operação societária não se concretizaria. No entanto se o vendedor decidisse negociar e o comprador não, haveria ganho ao comprador caso aceitasse a negociação, pois em relação a proposta original do vendedor teria havido uma redução de R\$ 500 mil (quinhentos mil reais), mas em relação à sua proposta original teria tido uma perda de R\$ 500 mil (quinhentos mil reais). O mesmo ocorreria ao comprador se decidisse negociar e aumentasse em R\$ 500 mil (quinhentos mil reais) a sua proposta original este teria um aumento em sua expectativa de gastos equivalente a R\$ 500 mil (quinhentos mil reais), mas em relação ao vendedor este teria um ganho de R\$ 500 mil (quinhentos mil reais) em relação à proposta original do comprador. No entanto, a grande dificuldade aqui consiste em saber qual das partes irá ceder em relação à proposta original, pois não há um mecanismo que influencie as decisões. Nesse caso, apenas se ambos decidissem negociar poderia

ser encontrado um equilíbrio de Nash, fixando o *payoff* de ambos em R\$ 500 mil (quinhentos mil reais).

Portanto, mesmo considerando que vendedor e comprador tenham como objetivo maximizar seus retornos, quando ambos estabelecessem um preço de reserva aceitável e decidissem negociar, seria possível encontrar o equilíbrio de Nash.

No entanto, se ninguém ceder, ou seja, não sendo atingido o equilíbrio de Nash, não se concretizaria a operação societária, em razão da expectativa de ganho de cada um dos *players*. Registrar-se-ia um jogo não cooperativo, onde a análise das probabilidades pouco se importaria com o resultado final, como afirma RÍOS (2017, p. 277):

a teoria dos jogos facilita aos negociadores o elemento objetivo do cálculo de probabilidades quando as partes interagem para chegar a um acordo, resolver um conflito ou desenvolver um projeto comum, ilustrando e calculando os riscos. Não importa se o resultado final seja o desastre ou a miséria daquele que perde. Só evidencia o final de uma interação de estratégias que leva em conta a informação básica das partes, do cenário e do momento do jogo.

Contudo, é importante ressaltar que a base para o equilíbrio reside na confiança dos jogadores no movimento uns dos outros, “*se a teoria oferece uma única solução para um jogo – mercado, relação ou conflito entre indivíduos ou empresas –, esta é o equilíbrio*” (GIBBONS, 1992 apud RÍOS, 2017, p. 275).

O cenário até aqui analisado considerou apenas o critério simplificado do *valuation* colocando como ponto de negociação o preço de aquisição da empresa ou seus ativos. No entanto, nos processos de *M&A* diversas variáveis são analisadas, compradores e vendedores dispõem de informações diversas que podem influenciar as jogadas e a formulação de estratégias no jogo negocial.

O jogo é iniciado com a análise das vantagens competitivas que poderão ser obtidas com a operação societária. Barney e Hesterley (2007, p. 10) entendem que “*uma empresa possui vantagem competitiva quando é capaz de gerar maior valor econômico do que as empresas rivais*”. Fazer uma operação de *M&A*, como já discutido, pode derivar de motivações diversas, sendo a negociação importante já que os *players* buscam a solução das controvérsias para obtenção do resultado pretendido.

Ríos (2017, p. 45) entende que negociação:

é uma técnica e uma arte que estuda e trata das comunicações e o comportamentos das pessoas, organizações ou Estados quando tentam executar ou conseguir objetivos que favoreçam ou interessem a cada uma delas ou quando procurem resolver um conflito ou evitar um enfrentamento futuro assim como também, finalmente, quando devam adotar decisões dentro de várias alternativas.

Toda negociação passa por fases, nesse sentido têm-se a fase emocional, onde as partes têm como objetivo a geração de um ambiente de confiança, criando

a vontade de se continuar no processo e nas transações de fusões e aquisições se caracterizam pelos contatos iniciais com a elaboração da apresentação simplificada das características básicas da empresa, da carta de intenções e do acordo de confidencialidade.

Num segundo momento têm-se a fase reflexiva, onde as expectativas dos interessados são apresentadas através da proposta não vinculante que inicia o processo de negociação sobre o tipo de operação societária a ser realizada e o preço, contudo, será necessária ainda a realização de *due diligence* para que se obtenha um relatório conclusivo final acerca da empresa alvo.

A fase final é a negocial, onde os acordos e decisões são ou não concretizados, fixando-se o memorando de entendimentos, o acordo de base e o contrato em definitivo, havendo sucesso.

Se cada uma dessas fases for pensada como um jogo, tem-se que estratégias e táticas são traçadas a cada movimento no processo de *M&A*, ou seja, a cada jogada. Desde o primeiro contato estabelecido entre a empresa compradora e a empresa alvo verifica-se que as partes interagem entre si para o processo de decisão e “a teoria dos jogos ajuda a desenvolver a capacidade de raciocinar estrategicamente, explorando as possibilidades de interação dos agentes, possibilidades estas que nem sempre correspondem a intuição”. (FIANI, 2015, p. 10).

Na fase emocional da negociação os jogadores precisam estabelecer movimentos que representem suas escolhas de confiar ou não confiar, se ambos os jogadores resolvem dar seguimento à negociação passando à fase seguinte a melhor escolha será confiar. Dessa forma, considerando que aquele que confiar terá recompensa igual a 1 e aquele que não confiar terá recompensa igual a zero, têm-se que no cenário onde ambos decidam não confiar o processo de negociação se encerra na fase emocional no momento de apresentação do *teaser*. Havendo a confiança de pelo menos 1 deles o processo de negociação pode continuar, no entanto, a falta de confiança implicará no fracasso precoce da negociação, é o que se analisa na tabela 7.

Comprador	Vendedor	
	Confiar	Não Confiar
Confiar	1, 1	1, 0
Não Confiar	0, 1	0, 0

Tabela 7: confiar ou não confiar

Na fase reflexiva a empresa compradora apresenta a proposta não vinculante,

contudo a conclusão do negócio apenas ocorre após a realização de uma *due diligence*. Nesse momento, mais uma vez, será importante a análise dos movimentos dos jogadores.

Considerando que o relatório de *due diligence* fornece informações embasadas aos compradores dando-lhes certas vantagens em relação aos vendedores e dependendo da situação financeira em que se encontra a empresa alvo os vendedores ainda trabalham com o requisito tempo, pois uma negociação muito demorada pode reduzir o valor da empresa, nessa fase o vendedor terá paciência para processos longos. De mesmo modo, pode o comprador também ter paciência se for considerado o potencial produtivo que pretende atingir ou as vantagens competitivas que passará a ter com a fusão ou a aquisição. Dessa forma, estaria caracterizado o jogo de ofertas alternadas com paciência simétrica, “isto é, uma situação de barganha em que o custo de espera para a conclusão da negociação é o mesmo para o Comprador e o Vendedor”. Havendo urgências diferentes, ocorreria o jogo de ofertas alternadas com paciência assimétrica. Contudo, a urgência e a necessidade não são favoráveis à negociação, por isso, aquele com maior grau de urgência tende a aceitar maiores reduções no valor esperado.

Na fase negocial, se houver acordo, as cláusulas do contrato definitivo são delineadas, as garantias e as demais disposições são estabelecidas. A definição do tipo de jogo empregado nessa fase da negociação dependerá do perfil dos negociadores, se passivos ou agressivos, das informações obtidas durante o processo de *due diligence*, do grau de paciência das partes, da recompensa esperada por cada jogador, quanto cada um aceita reduzir do seu preço de reserva, dentre outros fatores.

Fato é que cada jogador terá a recompensa definida por suas escolhas e as dos demais jogadores, como definiu FIANI (2015, p. 103):

o conceito de equilíbrio de Nash exige apenas que cada jogador adote a melhor resposta em relação aos demais, sem investigar a natureza da interação resultante - não há porque esperar que o resultado seja um ótimo de Pareto: tudo irá depender da natureza da interação entre os jogadores.

Ao ser considerado o desenvolvimento de um jogo nem sempre os jogadores desconhecem as escolhas uns dos outros, há situações em que os jogadores conseguem se antecipar, conhecer as decisões do adversário, fazendo com que tomem suas decisões sequencialmente, podendo ocorrer inclusive na ocasião mais de um equilíbrio de Nash, cuja escolha dependeria da combinação de estratégias e a busca da melhor resposta para cada jogador.

As aquisições, em especial, conforme demonstrado no gráfico 1 inserido no trabalho, têm apresentado crescimento nos últimos 03 anos. Nesse sentido afirma NETO (2012, p. 30):

À medida que a economia mundial apresentar recuperação, as operações de fusões e aquisições irão naturalmente aumentar, como reflexo da atividade econômica. Elas continuarão a fazer parte da atividade empresarial no mundo em ritmo crescente, devido às mudanças estratégicas das empresas existentes e ao surgimento de novos negócios e empresas, principalmente nos setores de tecnologia de informação, pesquisas em biotecnologia, alternativas energéticas e agricultura que, em algum momento, irão se consolidar.

Como as aquisições e fusões apenas são concluídas depois de diversas análises acerca dos cenários, avaliação dos passivos, das potencialidades e das possibilidades de ganhos e retornos, empregar “*a teoria dos jogos é útil para precisar as questões objetivas de uma negociação e possibilita entendê-la na tarefa de resolver um conflito, conseguir metas comuns com outros indivíduos ou para adotar decisões quando se apresentam alternativas*”.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

As operações de *M&A* apresentam grande relevância para o crescimento ou redirecionamento das empresas, utilizadas também como forma de eliminação da concorrência, de aquisição de conhecimento em nichos desconhecidos pela empresa compradora ou como forma de sinergia em atividades complementares, além de possibilitar a aplicação do fluxo de caixa livre.

Muito embora não se tenha um procedimento obrigatório é certo que nesse mercado os escritórios de advocacia e as consultorias contratadas para o mapeamento das operações e seus aspectos contábeis, financeiros, patrimoniais, societários, contratuais, trabalhistas, fiscais, de propriedade intelectual e regulatório – de acordo com o ramo de atuação da empresa, adotam quase que um procedimento padrão através do uso de *check list* na fase de *due diligence*.

Todo o processo de investigação e as análises obtidas da empresa alvo além de auxiliarem na precificação constituem instrumento para a fase negocial e para a elaboração dos diversos documentos que compõem as operações societárias.

Pensar as operações societárias sob a ótica da teoria dos jogos proporciona “*identificar e prever interações entre as partes com interesses conflitantes*”, já que os modelos de jogos se amoldam a diversas situações negociais, sendo necessário considerar fatores racionais e emocionais, perfil dos negociadores, urgência, expectativas, grau de confiança.

Erro comum dos envolvidos em processos como os de fusões e aquisições é pensar todos os processos de avaliação da empresa alvo como iguais, isso porque cada empresa interessada, cada *due diligence*, cada *player* envolvido deve ser visualizado como parte de um processo novo, sendo suas táticas, jogadas, estratégias analisadas a cada movimento.

FIANI (2015, p. 9) afirma que “a teoria dos jogos ajuda a entender teoricamente o processo de decisão de agentes que interagem entre si, a partir da compreensão da lógica da situação em que estão envolvidos.”

Dessa forma, o presente estudo se propôs a analisar as operações societárias de fusões e aquisições, suas fases, documentos e como a teoria dos jogos e suas diversas aplicações práticas pode auxiliar no processo negocial, principalmente no que se relaciona ao equilíbrio de Nash, através da escolha da melhor estratégia combinada, de forma que as operações sejam efetivadas com sucesso.

A apresentação de forma simplificada de alguns, dentre os muitos, modelos de jogos é capaz de demonstrar que vários fatores podem influenciar na negociação e que as táticas utilizadas dependem da disposição dos negociadores, que podem escolher por combinar estratégias ou não, cientes das jogadas do adversário, ou ainda partindo de um cenário em que a jogada de cada *player* é desconhecida pelo adversário, isso porque cada uma das partes terá as suas premissas como verdadeiras e disporá de certas informações, sendo que o fator urgência pode influenciar na negociação tanto para o comprador quanto para o vendedor, seja na análise dos riscos envolvidos em processos demorados quando a empresa alvo encontra-se em situação financeira delicada, seja na necessidade da empresa compradora em agregar a empresa alvo à sua operação para conquistar vantagens competitivas.

Em cenários de hostilidade, onde compradores e vendedores se enxergam como adversários e possuem perfil agressivo nem sempre será possível obter o equilíbrio de Nash, resultando, muitas vezes, no insucesso da operação, mesmo após investimentos de ambas as partes em todo o processo preparatório para a operação societária.

Ter a consciência de que as operações societárias podem ser realizadas sob a ótica da teoria dos jogos, com a análise das estratégias dos jogadores e buscando encontrar o equilíbrio de Nash, onde cada um dos *players* adote, individualmente, a melhor resposta à estratégia dos demais *players*, ou ainda em decisões simultâneas, sendo possível encontrar um ou mais equilíbrios de Nash pode significar o sucesso ou o insucesso da operação societária em cada uma das suas fases.

REFERÊNCIAS

BARNEY, Jay B., HESTERLEY, William S.. Administração Estratégica e vantagem competitiva: casos brasileiros. 1 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2017.

BOTREL, Sérgio. Fusões & Aquisições. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOTREL, Sérgio et al. Direito societário: análise crítica. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui caocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20caocompilado.htm)> Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: http://www.cade.gov.br/ acesso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna. Acesso em 03 dez. 2018.

FIANI, Ronaldo. Teoria dos Jogos com Aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v.3: Contratos. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PADILHA, Eduardo *et al.* Coordenação: MARTELANC, Roy, PASIN, Rodrigo. Fusões & Aquisições: Estratégias Empresariais e Tópicos de Valuation. 1 ed. São Paulo: All Print, 2017.

PASIN, Rodrigo *et al.* Coordenadores ROCHA, Dinir Salvador Rios da, QUATTRINI, Larissa Teixeira. Fusões, Aquisições, Reorganizações Societárias e Due Diligence. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PWC. PricewaterhouseCoopers Brasil Ltda. Disponível em < <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/servicos/assessoria-tributaria-societaria/fusoes-aquisicoes/2019/fusoes-e-aquisicoes-no-brasil-outubro.html>> Acesso em: 26 dez. 2019.

RÍOS, Aníbal Sierralta. Negociação e Teoria dos Jogos. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro& termo=201602590333& totalRegistrosPorPagina=40& aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 03 dez. 2018.

PARTO ANÔNIMO: ANÁLISE DE SUA CONVENIÊNCIA DIANTE DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Data de aceite: 23/03/2020

Data da Submissão: 01/01/2020

Giovana Massaro Guidi

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Campinas – SP

<http://lattes.cnpq.br/2661581503160501>

Marco Antonio dos Anjos

Universidade de São Paulo – USP

São Paulo – SP

<http://lattes.cnpq.br/8262777180030830>

RESUMO: O presente artigo objetiva a análise da viabilidade do projeto de lei sobre o parto anônimo em detrimento ao princípio do melhor interesse da criança. A metodologia adotada foi dialética e indutiva, utilizando fontes primárias (legislações que versam sobre o tema) e secundárias (artigos científicos que apresentam especial relevância para a compreensão e desenvolvimento da questão, além de doutrinas e julgados que capacitaram o entendimento de diversos aspectos sociais para a criação do artigo) trazendo os posicionamentos negativos e positivos de diversos autores sobre o tema em comento. Os princípios fundamentais como o direito à vida e o direito à identidade

fizeram parte da pesquisa como uma forma de complementar o entendimento acerca do motivo em que os projetos de lei foram criados, e também, mostraram a importância do direito à filiação para a concretude dos princípios da dignidade humana e do melhor interesse da criança. O artigo trouxe a história da formação dos projetos de lei, bem como seus objetivos se fossem aprovados, e após a exposição do tema, foi realizado uma análise, a fundo, dos argumentos benéficos do parto em anonimato e, uma análise dos benefícios em comparação aos malefícios, fato imprescindível para concluir pela viabilidade e eventual aprovação do projeto de lei.

PALAVRAS-CHAVE: Parto Anônimo. Aprovação. Viabilidade.

CHILDBIRTH ANONYMOUS: ANALYSIS OF ITS CONVENIENCE IN THE BEST INTERESTS OF THE CHILD

ABSTRACT: This article aims to analyze the feasibility of the anonymous childbirth bill to the detriment of the principle of the best interests of the child. The methodology adopted was dialectical and inductive, using primary sources (laws that deal with the subject) and secondary (scientific articles that have a special relevance

for the understanding and development of the question, besides doctrines and judgments that enabled the understanding of several social aspects to the creation of the article) bringing the negative and positive positions of several authors on the topic in question. Fundamental principles such as the right to life and the right to identity were part of the research as a way of complementing the understanding of the motive in which the bills were created, and also showed the importance of the right to membership for the concreteness of principles of human dignity and the best interests of the child. The article brought the history of the formation of the bills, as well as their objectives if they were approved, and after the exposition of the theme, an in-depth analysis of the beneficial arguments of the child on anonymity and a comparison of the benefits in comparison to the harmful effects, an essential fact to conclude on the viability and eventual approval of the bill.

KEYWORDS: Childbirth Anonymous. Approval. Feasibility

1 | INTRODUÇÃO

Sabe-se que o ordenamento jurídico emprega a vida como o bem mais precioso, como pode-se observar no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, que resguarda a vida já no momento da concepção, sendo este um dos motivos que torna o aborto uma atividade proibida no Brasil. Entretanto, apesar da ilicitude do fato, muitas mães aderem de forma clandestina.

Devido a prática ilícita, há falta de recursos e equipamentos necessários para que esta seja considerada segura e, por isso, muitas mulheres que a realizam acabam contraindo problemas de saúde, casos em que pode resultar a morte.

Há mulheres, entretanto, que não interrompem a gravidez com tais medidas clandestinas, mas que também não querem cuidar da criança após o nascimento, abandonando-a. Tais fatos foram levados em conta para a criação do projeto de lei sobre o Parto Anônimo, uma vez que este permite que a mãe possa dar à luz o filho sem que seja reconhecida e após, o recém-nascido é encaminhado à adoção.

Este estudo tem como objetivo demonstrar como o projeto de lei pode vir a ser uma forma de garantir o princípio do melhor interesse da criança, uma vez que com ele, a mãe possui mais liberdade e segurança para dar à luz e, portanto, os recém-nascidos não sofreriam as más condições a que muitos são submetidos, como por exemplo, serem abandonados em lixões e lagoas ou serem sujeitos à espera significativa em orfanatos. E, também, demonstrar que com a aprovação do mesmo, haveria uma possível causa de diminuição dos abortos clandestinos no país.

Além disso, o estudo trará os benefícios e os malefícios do parto anônimo que após, será analisado e pensado se de fato este projeto de lei deveria ser aprovado.

2 | DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1 Conceito de Parto Anônimo

O parto anônimo é a possibilidade das mães que não desejam assumir o vínculo jurídico da maternidade, deixarem os filhos no próprio hospital em que os deram à luz, com a garantia do sigilo e proteção à identidade da gestante. Ou seja, esta entrega ao Estado o filho que não deseja manter consigo, deixando sua identidade em anonimato.

Vale ressaltar que a mãe terá todas as condições de higiene e saúde que um hospital oferece para, de forma saudável e eficaz, dar à luz a criança.

Além disso, após todos os cuidados necessários, a criança será encaminhada ao orfanato para possivelmente ser adotada por uma família que realmente a queira, sendo tratada de forma diversa da que, provavelmente, sua genitora a trataria.

Portanto, segundo Olívia Marcelo P. de Oliveira (2011, p. 238), o objetivo deste instituto é preservar a vida do recém-nascido, resguardando-a desde a sua concepção, e assegurando-lhe o direito à convivência familiar afetiva.

2.2 Projetos de Lei

O primeiro projeto de lei criado sobre o parto anônimo, foi o de número 2747, apresentado à Câmara dos Deputados pelo deputado Eduardo Valverde, no dia 11 de fevereiro de 2008.

Este tem como objetivo coibir o abandono materno dispendo sobre o instituto do parto anônimo, determinando que toda mulher, independente de classe, raça, etnia, idade e religião, poderá realizar o parto anônimo, devendo ser acompanhada pelos serviços do Sistema Único de Saúde. Deverão, também, ser oferecidas condições e recursos informativos e educacionais a todas as mulheres, bem como a garantia do sigilo à identidade da gestante.

Neste mesmo ano, o parto anônimo foi objeto de mais dois projetos de lei: o de número 2834 e o de número 3220.

O projeto nº 2834 foi apresentado no dia 19 de fevereiro de 2008, pelo deputado Carlos Bezerra, com o intuito de instituí-lo pela alteração do art. 1638 do Código Civil, ou seja, dando mais uma hipótese ao rol de suspensão ou extinção do poder familiar.

O último projeto de lei, foi o mais completo dentre os demais, uma vez que foi proposto pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, em 9 de abril de 2008, prevendo, inclusive, uma lei federal autônoma para tratar do tema.

Os projetos de lei mencionam que a gestante possuiria acompanhamento psicossocial, explicações das consequências jurídicas de seu ato e da importância

dos filhos terem conhecimento das próprias origens, uma vez que após 10 dias ou 8 semanas do parto (cada projeto faz referência a um prazo), que é o período em que a mãe ou algum parente biológico poderá reivindicá-la, a criança é encaminhada a adoção.

Os três projetos foram levados à Comissão de Seguridade Social e Família que, por entendê-los inconstitucionais, os rejeitou por meio da ratificação do parecer da Deputada Rita Camata, relatora da Comissão, em 3 de setembro de 2008.

Estes também foram objeto de análise pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, no dia 16 de abril de 2009, que também negou-lhes seguimento por intermédio do parecer do relator, Deputado Luiz Couto, por entender inconstitucionalidade e injuricidade da matéria.

Portanto, os três projetos de lei foram arquivados em 2010.

2.3 Direito à vida e à identidade condicionadas ao princípio da dignidade humana

O direito à vida encontra respaldo na Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, mas também, por meio do Decreto 678, de 1992 que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 4º, consagrando-a desde a sua concepção (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969, *online*). Este direito não só é visto como o direito de estar ou se manter vivo, como também de que a vida, além de ser vivida, deve ser vivida com saúde, dignidade e respeito. Por este motivo, se considera, como se observa Silmara Juny Chinellato (2016, p. 45) o direito primeiro, condicionante e, como todo, deve ser garantido.

Entretanto, apesar de estar protegido, este direito é relativizado quando a própria lei admite exceções, como nos casos de legítima defesa, estado de necessidade, abortos condicionados ao artigo 128 do Código Penal, que são em casos de gravidez resultante de estupro e quando se coloca em risco a vida da gestante. Além das hipóteses legais, há uma terceira hipótese de aborto, que é a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, a qual foi permitida por meio de decisão do Supremo Tribunal Federal, publicada em 30 de abril de 2012.

Já o direito à identidade, apesar de não estar expresso na Constituição, pode ser reconhecido como decorrente principalmente do princípio da dignidade humana. É um direito personalíssimo e está atrelado ao direito à filiação, que segundo Lôbo (2004, p. 48):

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele.

Dito isto, tanto o direito à vida quanto o direito à identidade estão ligados ao princípio da dignidade humana, vez que, no primeiro, se há vida, mas não há saúde, educação, moradia e respeito, não existe esta dignidade. Já no segundo, se existe a origem genética, mas não há a relação de parentesco capaz de conceder o estado de filiação, dando deveres e obrigações dos pais para com os filhos, e vice e versa, também não há que se falar em princípio da dignidade humana.

Portanto, imprescindível dizer sobre a necessidade do direito à filiação para que se tenha resguardado os direitos fundamentais, ou seja, sem os cuidados materno e paterno, a criança abandonada não teria condições de garantir, a si própria, o princípio da dignidade humana, vez que sua educação, saúde, lazer, estariam comprometidos.

Sendo assim, para concretizar os princípios fundamentais inerentes à uma criança, não só o abandono deve ser evitado, mas a reinserção em uma família natural deve ser incentivada, e para isso, foram criados os projetos de lei sobre o parto anônimo. Entretanto, há uma divergência muito grande entre os posicionamentos dos autores, já que alguns são contra e outros à favor do instituto.

2.4 Malefícios do Instituto

O parto em anonimato, para muitos, não é considerado uma alternativa benéfica, pois levam em consideração os seguintes argumentos: a) a criança não teria conhecimento de suas origens; b) os direitos do recém-nascido seriam colocados em segundo plano; c) acarretaria uma incitação à irresponsabilidade da genitora; d) o instituto não traria significância que justificasse sua aprovação.

A maior crítica que se faz, por alguns autores, aos projetos de lei, é que estes não são benéficos à criança, uma vez que com o anonimato da mãe, aquela ficaria sem saber sua origem e, conseqüentemente, não teria, mesmo que por hora, nome e conhecimento da paternidade.

Camila Colucci (2014, p. 117), é um exemplo de autora que é contra o instituto, já que acredita que “ao se optar por ele, está-se, em última análise, optando-se pela liberdade da mulher em detrimento da identidade genética do filho”. Ou seja, o projeto de lei não seria uma forma de garantir o princípio do melhor interesse da criança, pois os interesses da genitora seriam colocados acima da identidade genética da criança.

Além dela, como informa Douglas Phillips Freitas (2008, p. 16), o Comitê dos Direitos das Crianças das Nações Unidas considerou o parto anônimo uma violação aos direitos da criança em conhecer sua identidade. Já que, devido a mãe poder ficar em anonimato ao dar à luz, a criança não poderia saber qual sua origem genética, o que iria contra o direito à identidade, fato este que fez com que a Espanha abolisse tal prática de sua legislação:

Aproximadamente em 2002, desenvolveu-se um movimento de caráter social em defesa do direito de acesso às origens pessoais e contra a prática do parto anônimo, composta de pessoas concernidas pela questão (adultos nascidos em parto anônimo). “accouchement sous X”; pupilos do Estado; mães biológicas que deram à luz anonimamente e alguns pais adotivos (...) O movimento conseguiu instaurar, em 2002, um direito “condicional” de acesso às próprias origens (...) (IBDFAM, 2017)

Olívia Pinto (2010, p. 67) mantém pensamento semelhante, ao dizer que o direito ao reconhecimento da identidade diz respeito a ideia de direito de personalidade e, portanto, personalíssimo, indisponível e imprescritível. Logo, com esse projeto, a criança teria esse direito afrontado.

Outra tese em relação ao direito à identidade ser ferido pelo parto anônimo é defendida criando-se um paralelo para falar sobre a liberdade da mãe prevalecer em relação ao direito à vida da criança, nos casos de aborto descritos no artigo 128 do Código Penal, uma vez que, de acordo com Danielle Dantas (2011, p. 65):

(...) estão em debate dois “direito à vida”, o da mãe e o do nascituro; relativiza-se o direito à vida do nascituro em detrimento do direito à vida da gestante (...) o direito à vida é relativizado face à liberdade da mulher não querer continuar a gravidez, devido à conservação de sua integridade física, psicológica e moral.

No mesmo sentido incide o parto anônimo, já que o direito à liberdade da mãe prevaleceria sobre o direito à identidade da criança.

Além do argumento de o parto anônimo restringia o direito à identidade genética, tem-se a premissa de que este instituto, por dar oportunidade às mães que não desejam ter seus filhos de entregá-los diretamente ao hospital em que deram à luz, é uma forma de incentivar a irresponsabilidade destas, uma vez que deixariam de assumir a consequência por um ato praticado. Esse é o posicionamento de Luiz Edson Fachin (2008):

De alguma forma, a possibilidade do parto anônimo não poderia incentivar a irresponsabilidade e reificação do humano? Uma gravidez indesejada se resolveria com a entrega de seu produto a uma unidade de saúde. Quanto menos responsáveis, menos humanos nos tornamos. Limite e responsabilidade num país e numa sociedade frágeis, sem a função paterna presente e exercida, abre as portas para mais uma hemorragia legislativa, supondo que as leis podem mudar as condições materiais de um povo, isto é, mais uma transformação a partir da elite dominante.

Além de tudo isso, Ivone Coelho de Souza e Maria Regina Fay de Azambaju (2008, p.73), afirmam que o parto anônimo é um projeto de lei ultrapassado, tendo em vista que já existem procedimentos próprios para a entrega do filho indesejado pelos pais, como o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente institui em seu artigo 166. As autoras ressaltam “o não aprofundamento psicossocial com que o Projeto trata as causas da violência e ataques a recém-nascidos, salientados pela mídia”.

2.5 Benefícios do Parto Anônimo

O parto anônimo é um instituto criado com a finalidade de preservar a vida do recém-nascido e assegurar-lhe o direito à convivência familiar afetiva. É o que se acredita obter com sua implementação à sociedade. Além deste provento, muitos autores são favoráveis ao parto em anonimato e trazem consigo uma série de argumentos: a) diminuiria abortos clandestinos; b) efetivaria o princípio do melhor interesse da criança garantindo seus direitos; c) evitaria abandonos e potencializaria a chance de reinserção em família substituta; d) facilitaria o processo de adoção.

Em relação ao primeiro pretexto anteriormente citado, o instituto é uma alternativa para evitar ou diminuir a realização de abortos clandestinos, uma vez que, segundo Maria Teresa Anselmo Olinto e Djalma de Carvalho Moreira Filho (2004), um dos principais motivos da realização dos abortos está no fato de as mães não possuírem condições financeiras de criar uma criança e, portanto, como a genitora poderia entregar o infante anonimamente ao hospital sem qualquer preocupação de sofrer condenação, esta não terá que “escolher” entre a vida e a morte, vez que seria possível manter a vida do recém-nascido sem se preocupar com a maneira de sustentá-lo.

Como Fabíola Santos Albuquerque (2010, p. 83) afirma, o parto anônimo não só é uma alternativa para se evitar o aborto, mas sim uma forma de garantir o princípio do melhor interesse da criança:

(...) é necessário enfrentar o parto anônimo não apenas como uma alternativa para evitar o aborto e a assegurar o anonimato da mãe, mas sim como uma política pública de proteção à criança abandonada, voltado à constituição do direito ao estado de filiação e à convivência familiar solidária e democrática, de modo a realizar o melhor interesse da criança e garantir sua integridade física e psíquica, ou seja, compreender o instituto como um plexo principiológico funcionalizado aos ditames constitucionais previstos no artigo 227 da CF/88.

Não só isso, muitos autores afirmam que o parto anônimo seria benéfico tanto à criança, quanto à própria genitora.

Rodrigo da Cunha Pereira e Ana Amélia Ribeiro (2008, p. 163) acreditam que o parto em anonimato é uma possível solução quando se fala sobre o abandono selvagem ser uma realidade presente no Brasil.

Além disso, asseveram que a desvinculação mãe-bebê não precisa ocorrer de forma clandestina, à margem dos direitos fundamentais, uma vez que nesta, o parto anônimo aliará o direito à vida, saúde e dignidade do recém-nascido ao direito da liberdade da mãe. Ou seja, a criança seria entregue a hospitais ou instituições especializadas que cuidariam de sua saúde e, após, encaminhá-lo-ia à adoção, assegurando a potencial chance de convivência em família substituta, e a mãe, que não deseja ter a criança, terá assegurado a liberdade de dispor desta sem ser condenada.

Ainda sobre o benefício do parto anônimo para a criança e para a própria mãe, Renata Oliveira e Silvio Romero Beltrão (2018, p. 343) afirmam que “o neonato que seria abandonado, sem proteção alguma, em situação de hipervulnerabilidade e com poucas chances de sobrevivência, será salvo por meio das estruturas de acolhida, sem que para tanto, a mãe tenha que pagar com a sua exposição”.

Além destes, Fabiana Santos Albuquerque (2008) reconhece as inúmeras controvérsias sobre o tema, porém, afirma que “o parto anônimo encontra eco no direito de família” por tratar-se do “único instituto que, por ora, apresenta-se com uma função prestante, ainda que não seja a melhor e a mais indicada, qual seja: garantir a vida, a integridade e a dignidade da criança que a mãe não pode ou não desejou criar”

Danielle Dantas (2011, p. 44) detém do mesmo pensamento:

(...) aparece como alternativa para resguardar a dignidade e a integridade física e psíquica de crianças abandonadas pelas mães, como forma de colocação em família substituta, garantindo, dessa forma, o direito ao convívio familiar, inserindo a criança numa família onde a afetividade é mola propulsora, num contexto de direito hoje que não mais admite a desigualdade entre filhos biológicos e afetivos.

Portanto, como visto, o parto anônimo seria uma alternativa significativa para que, além de assegurar a liberdade da genitora, a criança possa ter sua dignidade resguardada, uma vez que esta será reinserida em uma família que lhe dará todas as condições mínimas que uma pessoa precisa para obter o que se consideram por saúde.

Diante de todos os fatos, Olívia Pinto (2010, p. 110) apresenta posicionamento semelhante, e mais, afirma ser o projeto de lei uma forma de facilitação do processo de entrega do filho pela mãe biológica:

No entanto, mais do que proporcionar a efetivação do direito à convivência familiar afetiva, o projeto de lei nº 3.220/2008 busca: a preservação do respeito à vida do nascente, com a facilitação do processo de entrega pela mãe biológica do filho indesejado, independentemente dos motivos que lhe levaram a tomar tal atitude; a garantia da liberdade da mulher, em especial a gestante, de não ser mãe, sem que as instituições estatais lhe julguem por sua escolha.

A facilitação mencionada pela autora será mais bem explicada no tópico adiante.

2.6 Análise dos posicionamentos benéficos ao Parto Anônimo

Como visto, o instituto é um facilitador do processo de entrega da criança à adoção, devido ao anonimato da mãe e conseqüente inexistência de vínculo familiar entre ela e o recém-nascido, o que tornaria a adoção mais célere pois, no caso contrário, a criança teria que esgotar todos os processos de reintegração na família natural antes de ser, de fato, apta a ser adotada, como consta no artigo 92 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 92. As entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar os seguintes princípios:

I - preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar

II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa

Por conta dessas exigências, a criança que sofreu o abandono e que tinha o vínculo familiar, ou seja, o registro de maternidade na certidão de nascimento, já estará em uma idade superior àquela que não precisou passar por nenhum desses processos, uma vez que aquela que nasceu de parto anônimo não possui nenhum vínculo familiar que a “segure” para uma nova adoção.

Portanto, em razão de as crianças serem submetidas a estes processos, muitas perdem oportunidades de serem adotadas, pois, muitas vezes, se o juiz decide com muita rapidez, pode estar impedindo que a criança seja reinserida na família natural e, quando demora a decidir, poderá estar inviabilizando uma futura adoção, já que a lei exige que o juiz esgote as possibilidades de reintegração na família natural ou extensiva (QUESTÃO..., 2013).

A inviabilidade ocorre já que os adotantes priorizam os recém-nascidos, como mostra o jornal *O Estado de São Paulo*:

Nos abrigos brasileiros, meninos e meninas com idade superior a 3 anos são maioria e, ao mesmo tempo, os menos desejados pelos aspirantes a pais. Ano a ano, os pretendentes têm, timidamente, aberto o leque de preferências etárias, mas a idealização de um filho recém-nascido ainda faz permanecer o descompasso. (MARTINS, 2016)

O mesmo é observado nas estatísticas do Cadastro Nacional de Adoção (CNA). O CNA é um sistema de informações administrado pela Corregedoria Nacional de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estabelece os dados de todas as Varas da Infância e da Juventude referentes a crianças e adolescentes em condições de serem adotados e a pretendentes habilitados à adoção (CRIADO..., 2013) – em que a porcentagem de aspirantes por crianças de até 5 anos é muito superior às crianças que possuem uma faixa etária mais elevada. (CONSELHO..., 2018)

Deste modo, pode-se frisar que a criança advinda do parto anônimo possui mais condições de ser adotada mais rapidamente, pois com o anonimato da mãe, inexistente vínculo familiar e espera por eventual reintegração da criança na família, o que dá celeridade ao processo. Além disso, sem o registro do nome da mãe biológica na certidão de nascimento da criança, não há que se falar em poder familiar, deixando assim de ser outro fator determinante para a demora dos processos de adoção.

2.7 Análise dos benefícios em comparação com os malefícios

Como visto, há autores que acreditam que o parto anônimo infringiria o direito à identidade genética da criança, argumento este contrário ao instituto. Sendo assim, para combater tais posicionamentos, Danielle Dantas L. Albuquerque (2011, p. 94) visa resolver tal problemática:

(...) mesmo para os que insistem em considerar que haveria violação do direito à identidade do nascituro, diante das opções de uma criança ser brutalmente abandonada em face de não poder conhecer sua identidade, o direito à vida é o que deve ser defendido a todo custo.

Não só, Paulo Lôbo (2004, p. 54) também comenta a respeito da identidade genética da criança, dizendo que o direito de conhecer sua origem nada tem a ver com perquirir acerca de sua filiação biológica:

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica, para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para a preservação da saúde e, a fortiori, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família, para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra, a investigação de paternidade. (...) em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo.

João Lacerda de Carvalho Terto (2015, p. 35) afirma que o direito à vida deve preponderar sobre o direito à identidade, uma vez que aquele, por óbvio, é muito mais importante do que o conhecimento de sua origem, já que, sem a vida, não há por que buscar as origens genéticas:

Cumprе ressaltar que entre o direito à vida e o direito à identificação do nascituro, preponderará sem dúvida alguma o direito à vida, o que leva a concluir que o direito à vida jamais deverá ser mitigado em função do direito à identidade, não devendo assim haver oposição em relação à instituição do parto anônimo.

Não só isso, faz-se uma comparação com a reprodução humana assistida (que se dá por inseminação artificial ou fecundação *in vitro*), que é regulamentada pela Resolução 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina. Esses procedimentos médicos configuram uma prática constante no Brasil, assegurando-se o anonimato do doador de espermatozoide ou da doadora de óvulos, impedindo-se à criança proveniente dessas técnicas o acesso ao conhecimento de sua origem genética. Isso também seria uma afronta ao direito à identidade, uma vez que a criança jamais saberia quem foi seu pai ou mãe biológica.

Ainda em relação à origem genética, o parto anônimo é visto como uma forma de a criança permanecer sem um sobrenome, caso esta não seja adotada posteriormente. Entretanto, há mulheres que deram à luz a criança, mas que por não quererem ficar com o filho, os abandonam antes de registrá-lo, ou ainda, por

não ter tempo, deixaram de fazer. Portanto, não será o parto anônimo que fará com que a criança fique sem um nome.

Apesar da estabilidade econômica e do avanço social alcançados, o Brasil ainda tem mais de 500 mil crianças que “não existem” oficialmente, ou seja, que não foram registradas ao nascer. (COSTA, 2011)

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado, pode-se observar que os argumentos favoráveis são muito superiores aos desfavoráveis ao instituto, vez que são facilmente rebatidos. Então, a origem genética da criança, como alguns acreditam que ficaria violada, não seria, de fato, uma consequência negativa a esta, vez que outro direito superior, como à vida, seria garantido.

Também pode-se afastar a alegação de que a liberdade da genitora se preponderaria em relação ao direito à identidade da criança ao dizer que, mesmo o parto anônimo não existindo, a mãe poderia optar pelo abandono da mesma forma, deixando também de registrar a criança.

O problema do abandono é recorrente no país e, portanto, não seria a rejeição do projeto de lei que faria com que a criança não seja submetida a esta condição de abandono, e ao encargo do não conhecimento de sua origem genética.

Pensando-se em toda problemática e analisando tais fatos, conclui-se que o parto anônimo seria uma maneira de garantir o princípio do melhor interesse da criança, já que, como foi demonstrado, esta teria resguardados seus direitos fundamentais: à vida, à dignidade e à saúde. Ou seja, a criança, em vez de ser abandonada da forma cruel, teria a chance de ingressar em uma família substituta que garantiria educação, moradia, alimentação, afeto, saúde, entre outras.

Não só, tal instituto seria benéfico também à genitora, vez que esta optaria pelo parto em segurança pelos cuidados de um hospital, ao invés do aborto clandestino sem qualquer cautela e proteção à própria vida. Além disso, não seria condenada por tal atitude, diferente do que ocorreria ao realizar o aborto, por ser considerado ilegal e criminoso no Brasil.

Sendo assim, é imprescindível frisar que o Projeto de Lei deveria ser aprovado, garantindo o princípio do melhor interesse da criança, evitando abandonos cruéis, diminuindo abortos clandestinos e eventuais riscos de morte, assegurando a dignidade e os demais direitos fundamentais provenientes deste.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Danielle Dantas Lins de. **Parto anônimo e princípio da afetividade**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2011.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do parto anônimo à luz dos princípios constitucionais. **Leituras Complementares de Direito Civil - Direitos das Famílias**. Em busca da consolidação de um novo paradigma baseado na dignidade, no afeto, na responsabilidade e na solidariedade. Bahia: Jus Podium, 2010, p. 73-88.

_____. O instituto do parto anônimo no Brasil. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v.1, p. 143-159, dez./jan. 2008.

BRASIL. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. **Parecer da deputada Rita Camata, relatora da Comissão de Seguridade Social e Família**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=A9CCB3583D21C6A6CF8A142D67EE0702.proposicoesWebExterno1?codteor=572645&filename=Tramitacao-PL+2747/2008> Acesso em: 26 de fev. 2018.

BRASIL. **Parecer do deputado Luiz Couto, relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=A9CCB3583D21C6A6CF8A142D67EE0702.proposicoesWebExterno1?codteor=648240&filename=Tramitacao-PL+2747/2008> Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2747 de 11 de fevereiro de 2008. **Cria mecanismos para coibir o abandono materno e dispõe sobre o instituto do parto anônimo e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=A9CCB3583D21C6A6CF8A142D67EE0702.proposicoesWebExterno1?codteor=537107&filename=PL+2747/2008> Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2834 de 19 de fevereiro de 2008. **Institui o parto anônimo**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=538683&filename=PL+2834/2008> Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 3220 de 9 de abril de 2008. **Regula o direito ao parto anônimo e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=552449&filename=PL+3220/2008> Acesso em: 26 fev. 2018.

CHINELLATO, Silmara Juny. Arts 1º a 21. In: COSTA MACHADO (org); CHINELLATO, Silmara Juny (coord). **Código Civil Interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Barueri: Manole, 2016. p. 44-56.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança**: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção americana sobre direitos humanos: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. **CIDH**, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 27 jul. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatórios Estatísticos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf.jsessionid=oO-w5fdUOi0Fjz-kZEluyDi-.node15>> Acesso em: 26 fev. 2018.

COSTA, Mariana. Sem registro de nascimento, meio milhão de crianças “não existem” no Brasil. **Jornal da Record**. Julho, 2011. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/sem-registro-de-nascimento-brasil-tem-quase-meio-milhao-de-criancas-invisiveis-20120721.html>> Acesso em: 21 de fevereiro 2018.

FACHIN, Luiz Edson; CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves. Parto sem mãe – uma questão em debate. **Jornal Paraná online**, 16 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.tribunapr.com.br/noticias/parto-sem-mae-uma-questao-em-debate/>> Acesso em: 21 março 2018.

FREITAS, Douglas Phillips. Parto Anônimo. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 12, n. 280, p. 15-17, 15 set. 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Pesquisa. **Parto Anônimo no Mundo**. Portal IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=374>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética. **Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários (R. CEJ)**. Brasília, n. 27. p. 47-56. out/dez 2004.

MARTINS, Luísa. Adoção de crianças mais velhas cresce no País, mas bebês ainda são preferidos. **O Estado de São Paulo**. São Paulo. 09 de abril. 2016. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,adocao-de-criancas-mais-velhas-cresce-no-pais--mas-bebes-ainda-sao-preferidos,1853818>> Acesso em: 20 nov. 2017.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida; BELTRÃO, Silvio Romero. O direito à ancestralidade genética versus a prevenção ao abortamento e aos crimes contra os neonatos: análise com base no parto anônimo. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 16. n. 23. jul/dez 2018. p. 331-347.

OLINTO, Maria Teresa Anselmo; MOREIRA FILHO, Djalma de Carvalho. Estimativa de aborto induzido: comparação entre duas metodologias. **Revista Panamericana de Salud Pública**. 1 maio 2004, vol. 15(5). p. 331-336. Disponível em: <https://scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1020-49892004000500008> Acesso em: 18 abril 2018.

OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. Parto anônimo e cuidado: efetivação do melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 237-265.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SALES, Ana Amélia Ribeiro. Parto anônimo: uma janela para a vida. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, n. 1, p. 160-168, dez./jan. 2008.

QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas; **O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza. Ceará, 2010.

SENADO FEDERAL. Criado há 5 anos, cadastro sofre críticas. **Em discussão: Revista de Audiências Públicas do Senado Federal**. a. 4, n. 15, p. 40, maio 2013. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/upload/201302%20-%20maio/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_maio_2013_internet.pdf> Acesso em: 26 fev. 2018.

SENADO FEDERAL. Questão do prazo na adoção. **Em discussão: Revista de audiências públicas do Senado Federal**. a. 4, n. 15, maio 2013. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/questao-do-prazo-na-adocao.aspx>> Acesso em: 26 fev. 2018.

SOUZA, Ivone Coelho de; AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Parto anônimo: uma omissão que não protege. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v. 4, p. 63-73, jun./jul. 2008.

TERTO, João Lacerda de Carvalho. **Parto anônimo**. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade Maurício de Nassau. João Pessoa, 2015.

PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO DA ORDEM JUDICIAL E OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE

Data de aceite: 23/03/2020

Data de submissão: 02/01/2020

Alcilênio Junio dos Santos Tavares

Universidade Estácio de Sá

São Gonçalo - RJ

<http://lattes.cnpq.br/4462721189584511>

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de compreender os modelos de aplicação do artigo 139, IV, que de acordo com o novo Código de Processo Civil de 2015, fez-se traduzir o princípio da efetivação da ordem judicial, analisando os resultados de julgamentos emblemáticos, como a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, retenção do passaporte, corte de energia elétrica de órgão público como medida coercitiva e proibição de realizar shows. Questões estas que podem ou não caracterizar violação de direitos fundamentais, verificando quais são os limites do poder geral de efetivação da ordem judicial balizados na doutrina, jurisprudência e legislação vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Medidas atípicas; cláusula geral de efetivação; poder geral; decisão judicial.

GENERAL POWER OF EFFECTIVENESS OF THE JUDICIAL ORDER AND THE LIMITS OF DISCRICION

ABSTRACT: The purpose of this article is to understand the application models of article 139, IV, which, according to the new Code of Civil Procedure of 2015, translated the principle of the execution of the judicial order, analyzing the results of emblematic judgments, such as the suspension of the National Driver's License, passport retention, power outage by a public agency as a coercive measure and a ban on holding shows. These questions may or may not characterize violations of fundamental rights, verifying what are the limits of the general power to enforce the judicial order based on doctrine, jurisprudence and current legislation.

KEYWORDS: Atypical measures; general effect clause; general power; Judicial decision.

1 | INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisas consiste no estudo da aparente “carta branca ao arbítrio do juiz”, introduzida no texto legal e a verificação acerca da aplicabilidade dos meios coercitivos e atípicos com vista ao cumprimento da ordem judicial frente à

sobreposição aos direitos fundamentais, analisando a necessidade do contraditório e sua eficiência.

A metodologia utilizada na elaboração foi o estudo bibliográfico seguido de estudo de casos, analisando respectivamente a aplicabilidade do poder geral de efetivação e seus limites face aos direitos individuais e o posicionamento da doutrina na utilização das medidas previstas no art. 139, IV do Código de Processo Civil, pontuando os extremos deste poder.

O Código de Processo Civil de 1973, apelidado de código “Buzaid”, *a priori*, também era conhecido por sua ineficiência no cumprimento de sentença, que a época era um processo autônomo, diferente do disposto no Código de Processo Civil de 2015 que o transformou em uma fase no processo sincrético.

O processo de cumprimento de sentença e execução era conhecido como o “patinho feio”, como o “calcanhar de Aquiles”, dentre outros termos, denotando seu insucesso na satisfação do crédito.

Face à ineficácia do cumprimento de sentença o legislador introduziu instrumentos em nossa atual legislação processual, a fim de outorgar ao magistrado o poder de determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias, previstas no art. 139, IV do Código de Processo Civil, para assegurar o cumprimento da ordem judicial inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

A problemática da pesquisa consiste na análise dos limites do poder geral de efetivação da ordem judicial adotados no ordenamento jurídico brasileiro pelo Estado juiz e a máxima de sua discricionariedade ao fazer uso deste poder traduzido pelo art. 139, IV do Código de Processo Civil.

Serão analisadas as medidas coercitivas e atípicas que compõem o poder geral de efetivação face aos direitos fundamentais do indivíduo e para tal será utilizado o estudo de casos, com ênfase na aplicabilidade e limites sinalizados na doutrina e jurisprudência.

A partir de uma construção legal estrito senso, doutrinária e jurisprudencial serão pontuados os limites ao Poder Geral de Efetivação da ordem judicial, bem como a (in)adequação diante de direitos fundamentais, analisados face ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, destacando a necessidade do contraditório e eficiência das medidas aplicadas ao caso concreto.

2 | PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO DA ORDEM JUDICIAL

A Lei 5.869 de 1973, antigo Código de Processo Civil de 1973, previa o poder de efetivação da ordem judicial, nos artigos 461 e 461-A, admitindo a utilização de meios atípicos para assegurar o cumprimento da ordem judicial, aplicáveis às

obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa.

Mesmo no Código de Processo Civil de 1973 já havia a sinalização do legislador, por via do §5º do art. 461 aduzindo que para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Acerca do Código de Processo Civil de 2015, a novidade é a expressa previsão da possibilidade de utilização de meios atípicos para assegurar o cumprimento de decisões que impõem obrigações, mesmo que pecuniárias. Em nossa atual legislação processual, a efetivação da ordem judicial é assegurada pelos artigos 139, IV, 772, 773 e 536 do Código de Processo Civil, que proveu ao magistrado poderes necessários para viabilizar o cumprimento da ordem judicial, com o argumento da efetiva necessidade de se materializar o cumprimento das obrigações.

Como afirma Peixoto, “é certo que o magistrado, na direção do processo, pode ser chamado a exercer atividade substitutiva, visando à economia e à celeridade no processo e o resultado satisfatório do credor ou da parte beneficiária da ordem judicial¹”.

Ao fazer uso deste poder conferido pelo legislador o juiz se utiliza de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, a fim de alcançar o resultado adequado.

É cediço que o poder geral de efetivação da ordem judicial, por via da atipicidade dos meios, foi outorgado pelo legislador por intermédio dos artigos supratranscritos, frente a uma crise de adimplemento.

Acerca da utilização do poder geral de efetivação da ordem judicial o Fórum Permanente dos Processualistas Civis – FPPC editou Enunciado nº 12, aduzindo que “a aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, §1º, I e II²” do Código de Processo Civil, outrossim, firmou orientação por meio do Enunciado nº 396, reverberando que “as medidas do inciso IV do art. 139 podem ser determinadas de ofício, observado o art. 8º³” do

1. MEIRELES *apud* PEIXOTO, Marco *et al.* *Coleção grandes temas do novo CPC 11: Medidas executivas atípicas*. Bahia: Juspodivm, 2018, p. 139.

2. BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Civis. Enunciado nº 12. In: ____ Enunciados. Florianópolis: 2017, p8. Disponível em: <<https://institudc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>> acesso em: 12 out. 2019.

3. BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Civis. Enunciado nº 396. In: ____ Enunciados. Florianópolis: 2017, p52. Disponível em: <<https://institudc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>> acesso em: 12 out. 2019.

Código de Processo Civil.

Não foi de outra forma que a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de magistrados – ENFAM aprovou Enunciado de nº 48, dando ênfase à aplicação do poder geral de efetivação no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução, prolatando que “o art. 139, IV, do Código de Processo Civil traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais⁴”.

2.1 Medidas coercitivas

Diferente das medidas indutivas, as medidas coercitivas têm em sua essência fazer com que o executado cumpra a decisão judicial por meio de uma consequência negativa, ou seja, uma ameaça no caso da não ocorrência do adimplemento da obrigação. Os juízes vêm usando diferentes tipos de medidas coercitivas ou indiretas, com o fim de fazer o devedor cumprir a decisão judicial. Por meio destas medidas, o cumprimento ora é alcançado, ora não, mas os meios são cada vez mais diversos e criativos, as vezes irrazoáveis e desproporcionais e conseqüentemente violadores de direitos.

As diferenças entre as medidas coercitivas previstas no art. 139, IV do Código de Processo Civil e as medidas punitivas são claras, posto que aquelas são usadas como instrumento para obtenção de um resultado útil.

As medidas coercitivas não necessitam de tipificação, podem ser aplicadas pelos magistrados sempre de maneira coligadas com a necessidade, adequação e proporcionalidade estrito senso ao caso concreto. Nossa jurisprudência revela que as medidas coercitivas vêm sendo largamente utilizadas pelos juízes, algumas vezes com vistas ao efetivo cumprimento da decisão judicial alinhado com as necessidades do caso concreto e de forma totalmente razoável e proporcional, outras vezes como um déspota utilizando de suas prerrogativas para fazer cumprir e efetivar a ordem judicial a qualquer preço violando direitos fundamentais.

Desde o início da vigência do Código de Processo Civil de 2015, os juízes vêm utilizando o poder geral de efetivação da ordem judicial de inúmeras formas, fazendo uso de meios atípicos com o fim de fazer cumprir suas decisões, que serão analisadas a seguir.

2.1.1 Corte de energia elétrica da secretaria de saúde em consequência ao descumprimento de decisão judicial

4. BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Enunciado nº 48. In: _____ Enunciados. São Paulo: 2015, p5. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>> acesso em: 12 out. 2019.

Faz-se oportuno mencionar a decisão recente de agosto de 2019, e no mínimo polêmica, baseada no uso do poder geral de efetivação da ordem judicial, na qual um juiz determinou a suspensão do fornecimento de energia elétrica e internet da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia - SESAB, em face ao descumprimento da decisão de fornecer o medicamento a uma cidadã.

Ao proferir tal decisão o juiz da 1ª vara dos Juizados Especiais da Fazenda Pública de Salvador/BA, entendeu adequada a aplicação da medida em benefício da pessoa que necessitava do medicamento em detrimento da coletividade que depende dos serviços da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, vejamos a decisão:

Vistos etc. Tendo em vista a resistência da ré em cumprir a determinação judicial mesmo após intimada em diversas oportunidades, conforme certificado nos autos, determino seja novamente intimada para comprovar o cumprimento da decisão em 48 horas. Decorrido o prazo sem atendimento, valendo o Julgador do quanto inserto no art. 536, CPC vigente, aplicável supletivamente em sede dos juizados especiais, será determinado o corte no abastecimento de energia elétrica, internet que abastecem a Unidade Imobiliária onde funciona a SESAB. Ciência pessoal ao Senhor Secretário de Saúde. Ato paralelo apresenta a autora orçamento de custo para a realização do procedimento deferido nos autos, dado a possibilidade de sequestro da verba pública para satisfação da obrigação.⁵

O magistrado, ao fazer uso das medidas atípicas deve estar pautado nos fins sociais e nas exigências do bem comum.

No entanto, o juiz ao determinar a suspensão do fornecimento de energia e internet escolheu beneficiar uma cidadã em detrimento de toda a coletividade. A medida atípica e coercitiva aplicada com o objetivo de fazer a Secretaria de Saúde do Estado da Bahia – SESAB cumprir a obrigação de fornecer o medicamento foi utilizado de maneira exorbitante, visto que existem outros modos de satisfazer a obrigação, diversa da que foi aplicada, como o arresto nas contas do Estado.

Ao fazer uso da medida atípica aplicada, o juiz não ponderou as devidas necessidades do caso concreto, posto que não é o único meio pelo qual a obrigação poderia ser cumprida.

Na fase executória, no momento da aplicação da medida, o art. 805 do Código de Processo Civil nos traz que, quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado, ou seja, da análise do caso concreto, o prolator da decisão verifica a existência de outro meio possível para o cumprimento da obrigação, que não seja a suspensão do fornecimento de energia elétrica e internet. Todavia aplica a medida mais gravosa em detrimento da menos onerosa.

5. BRASIL. Juízo da 1ª Vara Especiais da Fazenda Pública de Salvador/BA. Processo nº 8018710-50.2019.8.05.0001. Distribuído 25 jun. 2019. Juiz prolator: juiz Josevando Souza Andrade. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/8/art20190806-09.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2019.

2.2 O limite do poder geral de efetivação face aos princípios fundamentais

A adoção de medidas indutivas, coercitivas, sub-rogatórias ou mandamentais pode ser aplicada pelo juiz, visto seu amparo legal com o objetivo de efetivar o cumprimento da ordem judicial. Porém os limites devem ser verificados, a fim de que não haja excessos perpetrados pelos magistrados no uso do poder geral de efetivação da ordem judicial.

A cláusula geral de efetivação da ordem judicial dá ensejo a interpretações das mais variadas. Para alguns doutrinadores o art. 139, IV do Código de Processo Civil concedeu poderes ilimitados ao juiz de fazer o que for preciso para efetivar a ordem judicial.

Acerca da controvérsia que se projeta sobre o tema com destaque para Lenio Luiz Streck, ressaltando que:

Todas estas digressões nos fazem retornar ao problema inaugural: seria possível com base no artigo 139, IV do CPC/2015 restringir unilateralmente, a partir da visão utilitarista do magistrado, direitos individuais para obter a satisfação de obrigações pecuniárias como defendido pelos respeitáveis autores? Nos parece que, em regra, não!⁶

O juiz deve analisar o caso concreto ao aplicar a medida sempre à luz dos princípios constitucionais, pautado como regra descrita no art. 1º do Código de Processo Civil, aduzindo que o Processo Civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste código, não cabendo nesta interpretação normas processuais desconexas das normas constitucionais.

Atentando, ainda, para o teor do art. 8º do Código de Processo Civil que, determina que ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiências, sem perder de vista a duração razoável do processo, previsto na constituição.

Com ressalvas à fase executória, em sentido amplo, o juiz tem o dever de guardar uma distância segura das partes com o objetivo de evitar parcialidade em suas decisões. Nesta linha, “pensamos que qualquer medida de ofício, desprovida de pedido da parte, por si só já violaria a parcialidade do magistrado. Isso porque as hipóteses em que as decisões podem ser concedidas de ofício são excepcionais e devem constar expressamente em lei,”⁷ utilizando as medidas atípicas como a

6. STRECK, Lenio. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? Consultor jurídico. 25 ago. 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 18 set. 2019.

7. PITTA, Fernanda. *et al. Coleção grandes temas do novo CPC 11: Medidas executivas atípicas*. Bahia: Juspodivm, 2018, p. 690.

última alternativa.

O magistrado não pode tudo, no caso concreto, fazendo uso desta cláusula geral de efetivação da ordem judicial, ou seja, é vedado o “meio executivo atípico que seja proibido pela lei. Ainda que o art. 139, IV Código de Processo Civil de 2015 não disponha explicitamente, não se pode dele extrair autorização para que o magistrado desconsidere as vedações objetivamente estabelecidas pelo legislador ou mesmo pela Constituição,⁸” em caso contrário estaria violando os limites de sua autoridade e abusando de seu poder.

A partir dessas análises, se observa que a aplicação de medidas atípicas, mesmo que autorizadas pelo código de ritos, dentro do espaço discricionário, o juiz deve considerar a produção e construção hermenêutica daquilo que será aplicado como medida capaz de conduzir a execução ao seu objetivo primário, qual seja, o adimplemento da obrigação por meio da decisão judicial.

Nestes termos, a construção da decisão não passa pela mera escolha dos meios, mas, como dito, pelo exercício e aplicação de métodos e princípios constitucionais e interpretativos, capazes de limitar a atuação do juiz, conduzindo a uma decisão eficaz e, acima de tudo, constitucionalmente adequada.

O julgador, ainda, deve aplicar de maneira fundamentada, conforme disposto no art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, explicitando a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, sem perder de vistas os fins sociais como medidas capazes de conduzir a execução ao seu objetivo primário, qual seja, o adimplemento da obrigação.

A própria dicção do art. 139, inciso IV do Código de Processo Civil, deixa clara a necessidade da medida, ou seja, deve ser aquela capaz de efetivar o cumprimento da obrigação, e não mera medida que possa se compreender no campo da ameaça. Se assim fosse, estaríamos diante de uma espécie de processo civil do medo. Diferente disso, aludindo o mero elemento teleológico da norma, seu objeto parece ser claro: abrir espaço discricionário para a adoção de medidas que realizem os objetivos do processo e que não simplesmente criem situações de insegurança e temor. Lembremos que a execução moderna se projeta, ou deve se projetar, sobre o patrimônio e não mais sobre o corpo.

2.3 Medidas que se mostram (in)adequadas diante de direitos fundamentais

Partindo da análise de medidas atípicas e coercitivas que causam ou causaram perplexidade, poderemos ponderar de maneira elucidativa, ou no mínimo aclaratória, uma medida que violadora de direitos fundamentais e uma polêmica, mas considerada adequada ao caso concreto, segundo entendimento majoritário.

8. ROQUE, Andre. *et al. Coleção grandes temas do novo CPC 11: Medidas executivas atípicas*. Bahia: Juspodivm, 2018, p. 738.

Em nossa jurisprudência são inúmeras as decisões que fazem uso de medidas atípicas coercitivas, no entanto, antes de afirmar, categoricamente, que a medida aplica é violadora de direitos, se deve atentar para as peculiaridades do caso concreto.

A melhor medida a ser aplicada ao caso é a que se mostra mais adequada, proporcional e razoável, prova disto é que diante de determinados casos a retenção do passaporte é medida que viola o direito fundamental de ir e vir, previsto no art. 5º, XV da Constituição da República de 1988, conforme entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo no HC 9787-6, proferido pela 5ª turma, supratranscrito.

De outro modo, existem casos em que a única medida adequada ao caso concreto é a retenção do passaporte, conforme disposto no HC 478.963 do Tribunal do Rio Grande do Sul que denegou a ordem deste, arguindo que os meios típicos de constrição patrimonial foram ineficazes.

Enfatizou, ainda, que o contraditório foi observado em todas as fases e “ao final do processo ponderativo, demonstrou a necessidade de restrição ao direito de ir e vir dos pacientes em favor da tutela do meio ambiente”, como única medida necessária, adequada e proporcional ao passível de alcançar o resultado útil do processo.

2.4 Aplicação da medida face ao princípio da proporcionalidade ou razoabilidade

Na aplicação das medidas atípicas fazendo uso do poder geral de efetivação da ordem judicial com o objetivo de fazer cumprir a ordem judicial, não é suficiente que esta seja necessária como único meio possível para alcançar o objetivo do processo, esta medida deve ser proporcional e razoável.

A proporcionalidade ou razoabilidade devem ser claramente entendidas para que seja possível identificar que existem medidas necessárias, no entanto desproporcionais e irrazoáveis.

Para compreender de forma mais completa a definição de proporcionalidade e razoabilidade a lição de Pedro Lenza se faz imprescindível.

Trata-se de princípio extremamente importante, em especial na situação de colisão entre valores constitucionalizados. Como parâmetro, podemos destacar a necessidade de preenchimento de 3 importantes elementos: **necessidade**: por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa; **adequação**: também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido; **proporcionalidade em sentido estrito**: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição.⁹ (grifo nosso)

Além da definição de razoabilidade e proporcionalidade trazida por Pedro

9. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p.178.

Lenza o legislador definiu o instituto como sendo a “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público”, no art. 2º, VI da Lei 9.784/99.

Portanto, a medida aplicada ao caso concreto deve ser, ou seja, necessária, o meio escolhido deve atingir seu objetivo, logo deve ser adequada, e após verificado estes elementos, deve ser sopesado se a efetivação da medida não supera a restrição a outros direitos fundamentais.

2.5 A necessidade do contraditório

O contraditório é imprescindível em qualquer fase do processo, mesmo na aplicação da tutela, sempre que possível deve ser apreciado, ou seja, “não há processo ou atividade jurisdicional justa sem contraditório. Mesmo em processos lineares, em que estão presentes apenas autor e juiz, há contraditório”,¹⁰ no entanto na execução este contraditório existe, mas de forma mitigada.

Com previsão no art. 9º do Código de Processo Civil, aduzindo que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida,” o contraditório deve ser respeitado previamente à aplicação de uma medida coercitiva atípica ou mesmo típica, oportunizando a outra parte a chance de desincumbir-se da obrigação.

O contraditório entre as partes de um processo muitas vezes não é suficiente para garantir o devido processo legal, posto que a aplicação de uma medida desproporcional atinge terceiros desconhecidos ao processo, como ocorreu no caso do bloqueio do aplicativo de mensagens WhatsApp, reverberando, muitas vezes, na necessidade do “instituto da audiência pública e a figura do *amicus curiae*, já amplamente acolhida no processo brasileiro e agora tipificada como modalidade geral de intervenção de terceiros no CPC/15 (art. 138), são as maiores demonstrações disso.”

2.6 A eficiência das medidas previstas no art. 139, IV do CPC

Previsto no art. 8º do Código de Processo Civil de 2015 a eficiência é uma das diretrizes que o julgador deve tomar ao aplicar uma das medidas previstas no art. 139, IV do mesmo diploma.

Durante anos o processo executório foi considerado com o patinho feio, o “calcanhar de Aquiles”¹¹, visto que após ter o direito constituído no processo de conhecimento não se era possível alcançar o adimplemento da obrigação por

10. ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 5ª ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.102.

11. STRECK, Lenio. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC Carta branca para o árbitro? Consultor jurídico. 25 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 18 set. 2019.

ausência de medidas necessárias a coagir o devedor a cumprir sua obrigação.

Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015 os poderes do magistrado foram ampliados com a finalidade de dar mais efetividade ao cumprimento da ordem judicial seja no processo de execução seja na fase de conhecimento.

Ocorre que a busca desenfreada de efetivação da ordem judicial, com fundamentos na necessidade do credor em ter a obrigação adimplida vem causando episódios de excesso por parte do julgador, conforme podemos verificar nos casos supratranscritos.

A busca pela efetividade não deve ser a qualquer custo, eis que conforme já exposto na pesquisa, as decisões que aplicam medidas atípicas, em especial as coercitivas, devem ser utilizadas com vistas ao melhor cumprimento da obrigação, sob pena de ineficiência da decisão aplicada.

A eficiência da medida está diretamente ligada à proporcionalidade e à razoabilidade com que é aplicada, se a medida é imposta com grave exorbitância de poderes, fatalmente não alcançará seu fim e demonstrará ao executado que a medida tornou-se incumprível, traduzindo-se em um brocardo popular que diz o seguinte: Se não tem remédio (medida completamente excessiva), remediado está (o cumprimento torna-se inviável).

Portanto, o juiz ao decretar uma medida atípica e coercitiva com o objetivo de coagir psicologicamente o executado, em sentido amplo, a adimplir com sua obrigação, deve atentar-se para a necessidade, adequação e proporcionalidade em estrito senso, sem perder de vista a efetividade da medida, ou seja, a ordem só poderá ser alcançada se devidamente sopesada na balança da proporcionalidade e razoabilidade.

2.7 Medidas atípicas como punição

Tratando-se das medidas atípicas e coercitivas aplicadas na execução ou na fase de cumprimento de sentença o julgador deve observar o princípio da patrimonialidade, trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, aduzindo que o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei, ou seja, os bens impenhoráveis, visto que a medida deve recair sobre o patrimônio do executado e não sobre seu corpo.

Mesmo na prisão civil do devedor de alimentos, o objetivo da medida típica é pressionar como sanção, coagindo psicologicamente o devedor a adimplir sua obrigação.

As medidas utilizadas pelo julgador, mesmo que desproporcionais e irrazoáveis, são medidas de coerção, posto que não há satisfação da obrigação no

cumprimento da medida coercitiva. As medidas coercitivas atípicas serão utilizadas para pressionar psicologicamente o devedor ao adimplemento da obrigação. Se não decorresse desta maneira as medidas ultrapassariam do patrimônio do executado para a satisfação com seu sofrimento psicológico.

Portanto, as medidas coercitivas atípicas devem ser aplicadas com o escopo de coagir apenas psicologicamente o devedor a cumprir sua obrigação, e sempre com vistas ao cumprimento da obrigação, mas nunca com o objetivo de vingança privada do credor. O credor nunca se satisfará com a aplicação da medida, o objetivo deve sempre ser o cumprimento da obrigação.

3 | CONCLUSÃO

O poder geral de efetivação da ordem judicial foi introduzido na ordem jurídico por via do art. 139, IV do Código de Processo Civil de 2015 com o escopo de aumentar a satisfatividade das decisões judiciais, visto que por inúmeras vezes o autor ganhava, mas não levava, ou seja, não conseguia satisfazer seu crédito por ausência ou ineficácia dos meios utilizados.

Verificando esta necessidade na satisfação do crédito o legislador outorgou ao juiz o Poder Geral de Efetivação da ordem judicial. De posse deste novo poder, trazido a baila pelo art. 139, IV do Código de Processo Civil de 2015, este faz valer suas decisões judiciais por via de medidas indutivas, sub-rogoratórias, mandamentais e coercitivas, por vez coligado com as necessidades do caso concreto, pautado em parâmetros adequados e flexibilizando direitos em medida proporcional e agindo da única maneira necessária.

A crise se instala quando o julgador com vistas à satisfação do crédito acima de tudo utiliza-se desta cláusula geral de efetivação para coagir o devedor a cumprir a obrigação sem observar os princípios constitucionais e flexibilizando direitos fundamentais além da razoabilidade e proporcionalidade.

Os limites desta cláusula geral de efetivação estão esculpidos no Código de Processo Civil, aduzindo que o julgador deve observar a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade e razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

É a partir do art. 8º do Código de Processo Civil que a proporcionalidade tem protagonismo elencando diretrizes ao juiz, a fim de que ao aplicar o ordenamento jurídico atente aos fins sociais, às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Portanto, o que salta aos olhos é a observância, de modo imperativo, a um dos mais citados princípios hermenêuticos nas decisões e textos analisados, qual seja,

o princípio da proporcionalidade, composto de um tripé fundamental: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito que por algumas vezes não vêm sendo observado pelo julgador.

Utilizando a proporcionalidade como princípio hermenêutico, o magistrado deve, ao eleger a medida atípica, considerá-la condição para o adimplemento da obrigação pecuniária (necessidade), dentro dos parâmetros de legalidade e constitucionalidade (adequação), considerando e sopesando as condições apresentadas no processo pelas partes, para que o meio de coação atípico seja aplicado na exata medida proporcional aos objetivos que se pretende atingir, quais sejam, a satisfação de crédito exequendo e a garantia da segurança nas relações patrimoniais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Enunciado nº 48. In: _____ Enunciados. São Paulo: 2015. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Enunciado nº 12. In: _____ Enunciados. Florianópolis: 2017. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Enunciado nº 396. In: _____ Enunciados. Florianópolis: 2017. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. Juízo da 1ª Vara Especiais da Fazenda Pública de Salvador/BA. Processo nº 8018710-50.2019.8.05.0001. Distribuído 25 jun. 2019. Juiz prolator: juiz Josevando Souza Andrade. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/8/art20190806-09.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Cível. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus Nº 478.963 - RS (2018/0302499-2) da segunda Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 14 maio 2019. Lex: jurisprudência do STJ, Brasília, 20 abr. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/8/art20190806-09.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Cível. *Recursos Ordinário em Habeas Corpus*. Constrangimento ilegal. *Recursos Ordinário em Habeas Corpus* nº 97876/SP (2018/0104023-6), da Quinta Turma do Tribunal de Justiça do Estado do São Paulo, Brasília, DF, 10 mai. 2017. Lex: jurisprudência do STJ, São Paulo, 05 jun. 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/611423833/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-97876-sp-2018-0104023-6>>. Acesso em: 12 out. 2019.

CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 4ª. ed. rev e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

CÂMARA, Alexandre. Novo CPC ampliou sobremaneira os poderes do Juiz. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-23/alexandre-freitas-camara-cpc-ampliou-poderes-juiz>> Acesso em: 15 de mai. 2019.

DIDIER, Fredie. VIII Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, FPPC. Florianópolis, 24, 25 e 26 mar. 2017. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC->

Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 04 set. 2019.

DIDIER, Fredie *et al.* *Manual de execução civil*. 5ª ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. IX, São Paulo, Malheiros, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de execução civil*. Marcelo Abelha. – 5ª ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROVER, Tadeu. 2ª Turma do STJ mantém apreensão de passaporte de Ronaldinho Gaúcho. Consultor Jurídico. [S.l.: s.n.], 14 mai. 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-14/stj-mantem-apreensao-passaporte-ronaldinho-gaúcho>>. Acesso em: 08 set. 2019.

STRECK, Luiz lenio; NUNES, Dierle. Como interpretar o art. 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? Rio de Janeiro, ago. 2016. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 13 de out. 2019.

TALAMINI, Eduardo. *Manual de execução civil*. 5ª ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TEIXEIRA, Sálvio. Escola Nacional de Formação e aperfeiçoamento de Magistrados, ENFAM. São Paulo, 26, 27 e 28 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2019.

SOBRE O ORGANIZADOR

DOUGLAS SANTOS MEZACASA - Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do estado do Paraná - PUCPR (2014); é especialista na área de Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2016); é especialista em Direito e Processo Civil Contemporâneo pela Faculdade São Luís (2019); possui Mestrado em Ciências Jurídicas pelo Centro de Ensino Superior de Maringá – UniCesumar (2018). Atua como Professor e Coordenador do curso de Direito da Universidade Estadual de Goiás – UEG e como Professor de Direito do Centro Universitário do Vale do Araguaia – UNIVAR. Advogado inscrito na OAB/PR nº 75.480 atuante nas áreas do Direito do consumidor e previdenciário. Como pesquisador atua como coordenador do Projeto de Pesquisa intitulado “Gênero, identidade e direito: perspectivas da corte interamericana de direitos humanos” e integrante do projeto de pesquisa: “Políticas Públicas e Instrumentos Sociais de efetivação dos Direitos da Personalidade”. Possui livros e artigos publicados nas áreas dos Direitos Humanos, Direitos da Personalidade e de Gênero. Também atua no corpo editorial de revistas científicas e editoras.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Acesso à Justiça 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 318

Acusatório 205, 206, 207, 211, 212, 318

Adoção 4, 7, 128, 206, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 223, 224, 229, 261, 292, 294, 297, 298, 299, 303, 309, 310, 311, 318

Algemas 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 318

Animais não humanos 191, 192, 193, 194, 196, 198, 199, 200, 202, 318

Atividade Policial 70, 74, 78, 79, 80, 318

C

Carandiru 36, 37, 38, 39, 318

Chacinas 36, 37, 39, 318

Cláusulas abusivas 98, 101, 102, 105, 318

Conflitos 59, 107, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 120, 121, 128, 131, 173, 180, 184, 194, 210, 228, 279, 318

Contratos Bancários 98, 100, 102

Cultura de Paz 107, 117, 318

D

Direitos Fundamentais 1, 3, 5, 6, 8, 9, 13, 15, 16, 17, 21, 22, 26, 28, 36, 37, 38, 39, 40, 52, 54, 72, 79, 85, 86, 87, 90, 93, 94, 95, 97, 135, 165, 170, 172, 191, 197, 199, 201, 202, 208, 212, 221, 245, 246, 247, 249, 250, 252, 253, 266, 295, 297, 301, 304, 305, 310, 312, 314, 318

Direitos Humanos 6, 7, 8, 9, 13, 14, 15, 21, 36, 37, 38, 39, 40, 115, 116, 120, 121, 123, 124, 165, 168, 169, 171, 172, 215, 216, 253, 254, 259, 260, 261, 263, 264, 267, 268, 294, 302, 317, 318

Direito Social 1, 2, 3, 4, 14, 87, 100, 185, 318

Direitos Reprodutivos 168, 169, 170, 171, 172, 318

Discrecionariade 70, 72, 162, 163, 164, 211, 304, 305, 318

Diversidade biológica 225, 226, 227, 229, 230, 231, 232, 235, 238, 240, 241, 242, 318

E

Elitização 173, 175, 183, 187, 189, 318

Estádios 173, 174, 175, 179, 180, 182, 183, 184, 185, 186, 189, 318

Execução Fiscal 132, 134, 135, 139, 142, 143, 144, 147, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 159, 160, 163, 164, 165, 166, 167, 318

F

Fusões 269, 270, 271, 272, 277, 282, 283, 286, 288, 289, 290, 318

G

Generalidade 84, 87, 94, 110, 169, 318

H

Habeas Corpus 191, 192, 193, 197, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 209, 249, 251, 253, 315, 319

I

Identidade de Gênero 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 319

Insegurança Jurídica 2, 205, 206, 211, 244, 247, 252, 319

J

Judicialização 27, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 111, 117, 120, 121, 210, 212, 319

Justiça Gratuita 122, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 319

L

Legalidade 71, 73, 103, 158, 159, 160, 209, 214, 246, 309, 314, 315, 319

M

Mediação 107, 108, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 121, 319

N

Neoconstitucionalismo 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 319

Núcleo 30, 32, 33, 34, 35, 208, 256, 265, 319

O

Ordem Judicial 158, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 313, 314, 319

Ordenamento Jurídico 6, 8, 13, 16, 21, 23, 24, 26, 27, 59, 65, 75, 77, 78, 85, 89, 91, 99, 125, 132, 135, 138, 146, 149, 150, 159, 161, 164, 169, 198, 204, 211, 220, 248, 249, 252, 258, 292, 305, 309, 314, 319

P

Parto Anônimo 291, 292, 293, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 319

Performance 41, 42, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 255, 319

Personalidade Jurídica 132, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 198, 204, 263, 319

Poder Constituinte Originário 254, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 266, 319

Proteção animal 197, 204, 319

R

Reforma Trabalhista 52, 55, 61, 62, 67, 68, 122, 123, 124, 130, 131, 319

Retrocesso 1, 2, 3, 5, 6, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 122, 123, 204, 212, 248, 264, 319

Romance 168, 319

S

Sistema prisional 38, 184, 320

Subsidiariedade 84, 85, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 106, 139, 320

T

Teletrabalho 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 320

Teoria dos Jogos 269, 270, 273, 277, 283, 285, 286, 288, 289, 290, 320

Tribunal do Júri 41, 42, 43, 45, 46, 47

 **Atena**
Editora

2 0 2 0