

CIÊNCIAS JURÍDICAS:



Certezas, dilemas e perspectivas

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

3

CIÊNCIAS JURÍDICAS:



Certezas, dilemas e perspectivas

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

3

Editora chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Editora executiva

Natalia Oliveira

Assistente editorial

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto gráfico

Camila Alves de Cremo

Daphynny Pamplona

Gabriel Motomu Teshima

Luiza Alves Batista

Natália Sandrini de Azevedo

Imagens da capa

iStock

Edição de arte

Luiza Alves Batista

2021 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2021 Os autores

Copyright da edição © 2021 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. 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.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa

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. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Diagramação: Camila Alves de Cremo
Correção: Maiara Ferreira
Indexação: Amanda Kelly da Costa Veiga
Revisão: Os autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C569 Ciências jurídicas: certezas, dilemas e perspectivas 3 /
Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. –
Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5983-668-0

DOI: <https://doi.org/10.22533/at.ed.680212211>

1. Direito. 2. Leis. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner
Sousa de (Organizador). II. Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access, desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

APRESENTAÇÃO

Em **CIÊNCIAS JURÍDICAS: CERTEZAS, DILEMAS E PERSPECTIVAS 3**, coletânea de vinte e um capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, no presente volume, quatro grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos em direito civil; estudos em direito tributário; estudos sobre direito, sociedade e pandemia; além de outras temáticas.

Estudos em direito civil traz análises sobre responsabilidade civil, pessoa com deficiência, verdade registral, união estável, coparentalidade responsável, reconhecimento voluntário, filiação socioafetiva e constelação familiar.

Em estudos em direito tributário são verificadas contribuições que versam sobre processo tributário, limitações ao poder de tributar, credor fiduciário, IPTU e legitimidade passiva.

Estudos sobre direito, sociedade e pandemia aborda questões como responsabilidade administrativa, discricionariedade, negacionismo, COVID-19, comércio internacional, crise humanitária, crise sanitária, sistema carcerário, maternidade, homens, violência doméstica, excludentes, crime de sonegação fiscal, conciliação e educação.

No quarto momento, outras temáticas, temos leituras sobre direito internacional, juízo mercantil, contratos e responsabilidades, criptomoedas, propriedade industrial, licenciamento compulsório e patentes.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!


Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1..... 1

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E DO AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA DO CURADOR APÓS O ADVENTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Edgard Fernando Barbosa

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.6802122111>


CAPÍTULO 2..... 19

A INCOMPATIBILIDADE ENTRE O SEXO ANATÔMICO DE UM INDIVÍDUO E A SUA IDENTIDADE DE GÊNERO: TRANSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E A VERDADE REGISTRAL

Alexandre Moura Lima Neto

Alessandra Anchieta Moreira Lima de Aguiar

Haroldo Corrêa Cavalcanti Neto


 <https://doi.org/10.22533/at.ed.6802122112>

CAPÍTULO 3..... 34

A TUTELA DA UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Meire Cristina Queiroz Sato

Alessandro Paulo Junior

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.6802122113>

CAPÍTULO 4..... 45

COPARENTALIDADE RESPONSÁVEL: UM NOVO MODELO FAMILIAR?

Gabriel Francisco Cabrera de Sá

Cibele Rodrigues

Meire Cristina Queiroz Sato

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.6802122114>


CAPÍTULO 5..... 57

O RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E SUAS IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO DA LEI, DA FAMÍLIA E DA SOCIEDADE

Jefferson Lopes Custódio

Erineuda do Amaral Soares

Fernanda Linhares Silva

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.6802122115>

CAPÍTULO 6..... 67

O EMPREGO DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR NAS VARAS DE FAMÍLIA DO ESTADO DE MATO GROSSO


Sylvia Maria de Assis Cavalcante

Patrícia Oliveira Coelho

Fábio da Silva Maciel

Fabrcio Ferreira Querino


Camila Teodoro de Lima e Silva

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.6802122116>

CAPÍTULO 7..... 77

O PROCESSO TRIBUTÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: LIMITES E REFLEXÕES SOBRE AS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR

Rodrigo dos Santos Mathias

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.6802122117>

CAPÍTULO 8..... 90

O CREDOR FIDUCIÁRIO E O IPTU: ABORDAGEM SOBRE A SUA LEGITIMIDADE PASSIVA (CONTRIBUINTE E RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO)

Victor Lozovoi Figueiredo de Araújo

Fernanda da Silva Trindade

Inara Medeiros Araujo

Karolyne Vitória Nunes Costa


Luiz Paulo da Silva Taveira

Melissa Cristina Silva de Macedo

Paloma Duarte da Silva

Thayse Pinto da Silva

Ananias Ribeiro de Oliveira Júnior

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.6802122118>

CAPÍTULO 9..... 105

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA E PANDEMIA: UM BREVE ESTUDO SOBRE OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE E DO NEGACIONISMO

Francisco José Tavares da Rocha

Marcelo Ioris Köche Júnior

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.6802122119>

CAPÍTULO 10..... 118

OS EFEITOS DA PANDEMIA DE COVID-19 SOBRE A REGULAÇÃO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL COMO ESTABELECIDADA PELA OMC E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Alberto Barella Netto

Hérica Cristina Paes Nascimento

Vithor Assunção Sousa


 <https://doi.org/10.22533/at.ed.68021221110>








CAPÍTULO 11..... 130



DA CRISE HUMANITÁRIA À CRISE SANITÁRIA NO SISTEMA CARCERÁRIO DO PAÍS: FOCO NA SITUAÇÃO DA CADEIA PÚBLICA DE PORTO ALEGRE/RS DURANTE A PANDEMIA

Claudine Freire Rodembusch

Henrique Alexander Keske

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.68021221111>

CAPÍTULO 12.....	143
DA COMPLEXA RELAÇÃO CÁRCERE E MATERNIDADE: A DISSEMINAÇÃO DA PANDEMIA NO SISTEMA PRISIONAL FEMININO	
Henrique Alexander Keske Claudine Freire Rodembusch	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.68021221112	
CAPÍTULO 13.....	157
A APLICAÇÃO DE EXCLUDENTES AO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL NO CONTEXTO DE PANDEMIA	
Beatriz Ribeiro Lopes Barbon	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.68021221114	
CAPÍTULO 14.....	170
INFLUÊNCIA DIGITAL NA FORMA DE CONCILIAÇÃO ENTRE AS PARTES PÓS-PANDEMIA	
Renata Andréa Nunes Vidal	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.68021221115	
CAPÍTULO 15.....	177
COMO (RE) CONSTRUIR A EDUCAÇÃO BRASILEIRA EM PANDEMIA?	
Cibele Cristina Gonçalves Rodrigues Fabiana Polican Ciena	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.68021221116	
CAPÍTULO 16.....	189
OS MECANISMOS DE INDUÇÃO AO CUMPRIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL À LUZ DA TEORIA LIBERAL DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS	
Fernando Lopes Ferraz Elias	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.68021221117	
CAPÍTULO 17.....	198
EL DEBIDO PROCESO EN EL JUICIO MERCANTIL	
Martha Patricia Borquez Domínguez	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.68021221118	
CAPÍTULO 18.....	209
CONTRATOS, CICLOS ECONÔMICOS, INSTITUIÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS E SUAS RESPONSABILIDADES CONTRATUAIS	
Ricardo Tannenbaum Nuñez	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.68021221119	

CAPÍTULO 19	224
ANÁLISE COMPARATIVA DE CRIPTOMOEDAS	
Caroline Silvéria Ribeiro	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.68021221120	
CAPÍTULO 20	238
O CÓDIGO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL LUSITANO: UM ESTUDO COMPARADO COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO DE PATENTES	
Marcelo Salles da Silva	
Daniela Palhuca do Nascimento Queiroz	
Fernando Portel Cabrera	
Márcio Luiz dos Santos	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.68021221121	
SOBRE O ORGANIZADOR	245
ÍNDICE REMISSIVO	246

CAPÍTULO 1

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E DO AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA DO CURADOR APÓS O ADVENTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Data de aceite: 01/11/2021

Data de submissão: 06/08/2021

Edgard Fernando Barbosa

Doutorando em Direito pelo Centro
Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil
Curitiba – PR
<http://lattes.cnpq.br/4842833590481289>

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo investigar o lugar da responsabilidade civil na correspondência entre os dispositivos do Código Civil e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Para tanto, perpassa a interpretação dos artigos que compõem a Lei 10.406/2002 e a Lei 13.146/2015 com o intuito de delinear as dissonâncias e/ou correspondências presentes nessas legislações para, em seguida, considerar o instituto da Tomada de Decisão Apoiada como um aporte de conexão entre as leis supracitadas. Em decorrência disso é que a TDA será analisada como um processo que se inscreve em ambas as legislações e, por isso, pode auxiliar na garantia, tanto da responsabilidade civil, quanto na da capacidade legal das pessoas que a ela recorrem.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil, Pessoa com Deficiência, Tomada de Decisão Apoiada, Código Civil, Estatuto da Pessoa com Deficiência.

THE CIVIL LIABILITY OF THE PERSON WITH DISABILITY AND THE REMOVAL OF THE JOINT AND SEVERAL LIABILITY OF THE TRUSTEE AFTER THE ADVENT OF THE STATUTE OF THE PERSON WITH DISABILITY

ABSTRACT: This research aims to investigate the place of civil liability in the correspondence between the provisions of the Civil Code and the Statute of the Person with Disability. For this purpose, it covers the interpretation of the articles that make up Law 10.406/2002 and Law 13.146/2015 with the purpose of outlining the dissonances and/or correspondences present in these legislations to then consider the institute of Supported Decision Making as an input of connection between the aforementioned laws. As a result, the TDA will be analyzed as a process that is part of both legislations and, therefore, can help to guarantee both the civil liability and the legal capacity of the people who resort to it.

KEYWORDS: Civil Liability, Person with Disability, Decision Making Supported, Civil Code, Statute of the Person with Disability.

1 | INTRODUÇÃO

O Código Civil brasileiro passou por reformulações no ano de 2002. Todavia, no ano de 2015 ocorreu a instituição da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, a Lei 13.146/2015. Esta legislação, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), ao modificar o Código Civil, retirou do regime das incapacidades as pessoas com deficiência e as

remeteu ao regime geral da plena capacidade. Entretanto, algumas disposições do Código Civil não foram diretamente alteradas com a instauração do EPD e, por isso, recaem em questionamentos quando confrontadas entre si.

O art. 928 do Código Civil afirma a possibilidade excepcional de responsabilizar o incapaz pelos prejuízos que causar a terceiros e o art. 932 apresenta a responsabilidade solidária decorrente da relação entre pais e filhos, tutores e tutelados e curadores e curatelados. É a partir do enunciado desses dois artigos de lei, em perspectiva com a capacidade legal e a relação que esta delinea com a responsabilidade civil, que o presente estudo desenvolve sua investigação.

A princípio, a projeção da responsabilidade civil decorrente do vínculo entre os pais, tutores e curadores para com os filhos, tutelados ou curatelados, presta-se para supervisionar e dar norte em suas correlações. No entanto, como é sabido, com o advento do EPD não mais persiste o antigo regime das incapacidades para a pessoa com deficiência; assim, esta nova determinação legal projeta dúvida quanto ao fato de remanescer ou não uma corresponsabilidade, em especial, do curador em face dos atos de seu curatelado. Isto porque, se a pessoa com deficiência não está mais circunscrita no regime das incapacidades, quais seriam as implicações dessa relevantíssima alteração provocada pelo EPD no Código Civil no que tange à responsabilidade civil? Afinal, essa modificação da lei estaria adequada à realidade?

Propõe-se, com este artigo, estabelecer uma análise do lugar da pessoa com deficiência em relação à superação do regime das incapacidades e como esta mudança estaria a alterar o lugar que ela ocupa na nova interpretação da responsabilidade. A partir dessas delimitações é que o conteúdo estende o debate para o processo da Tomada de Decisão Apoiada e registra um modo que talvez possa auxiliar na compreensão das dissonâncias entre o EPD e o Código Civil, em particular, no que respeita à responsabilidade civil.

É mediante a investigação do conteúdo da TDA - como um recurso para a compreensão da responsabilidade civil e da conexão entre o EPD e o Código Civil - que a pesquisa se expande para o campo da filosofia do direito. Nesse aspecto, apresenta-se o debate entre Ronald Dworkin, H. L. A. Hart, John Rawls e Amartya Sen com o intuito de compreender quais direitos e quais deveres se estruturam na formulação das leis e como estas são validadas no contexto de interpretação social e na aplicação da prática jurídica para um efetivo exercício da liberdade do indivíduo no âmbito do direito.

21 CÓDIGO CIVIL E A DEMARCAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE RESPONSABILIDADE

A responsabilidade civil está prevista no Código Civil e compreende em seus pressupostos a segurança jurídica na relação firmada entre as pessoas. O Capítulo I – Da Obrigação de Indenizar, do Título IX – Da responsabilidade Civil, Do Livro I – Do Direito das

Obrigações, da Parte Especial do Código Civil, apresenta diversos alinhamentos a respeito da responsabilidade civil presentes na legislação brasileira.

No art. 928 do Código Civil é estabelecida a possibilidade de o incapaz responder pelos prejuízos que causar a outrem, desde que os seus responsáveis não tenham condições de suportá-los. Com base nessa ressalva legal é que a pesquisa objetiva investigar a extensão dessa exceção no debate entre o Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). Portanto, a investigação almeja compreender como a pessoa com deficiência deve responder ante os critérios da responsabilidade civil, agora a partir da sua exclusão do regime das incapacidades por decorrência do EPD.

Como se anunciou alhures, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência promoveu, mediante reformulação dos arts. 3º e 4º do Código Civil, alteração de ampla repercussão quanto ao regime das incapacidades, uma vez que não se pode mais demarcar como incapazes as pessoas por sua mera condição de deficiente. Desse modo, quando o art. 928 do Código Civil afirma a possibilidade de responsabilização do incapaz pelos danos que possa vir a causar a outrem, essa ressalva passa a ser vinculada à qualificação das pessoas: se capazes ou incapazes, projetando questionamentos sobre em que medida essas alterações repercutiriam na pessoa com deficiência:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Para Rosália T. V. Ometto, “o fato de que se o agente não tiver consciência de sua conduta não se pode responsabilizá-lo, salvo por esse artigo que excepciona os incapazes e cria a responsabilidade subsidiária ou secundária”¹. Assim, a responsabilidade civil não se aplicaria à pessoa sem pleno discernimento de sua conduta, exceto na hipótese do art. 928 do Código Civil, que excepciona a possibilidade de demarcar uma responsabilidade subsidiária. Nesse sentido, torna-se possível responsabilizar o incapaz pelos prejuízos causados a terceiros se seus responsáveis não desfrutarem de meios suficientes para responder por aqueles prejuízos.

De acordo com a Lei 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), a incapacidade pode ser compreendida dentro da descrição de dois dispositivos de lei distintos, ou seja, dos absolutamente incapazes² ou dos relativamente incapazes³. O primeiro descreve somente os menores de dezesesseis anos e, o segundo, os maiores de dezesesseis e menores de dezoito, os ébrios habituais e os viciados em tóxico, aqueles que

1 Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 2018, p. 745.

2 Código Civil. Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

3 Código Civil. Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesesseis e menores de dezoito anos;

II -- os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III -- aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

não podem exprimir suas vontades e os pródigos. Sendo assim, com o advento do EPD, não há mais espaço para as pessoas com deficiência dentro do regime dos absolutamente incapazes previsto pelo Código Civil.

Por outro lado, o inciso II, do art. 932, do Código Civil apresenta a responsabilidade civil solidária⁴ decorrente da relação entre o curador e o curatelado, ou seja, o curador é corresponsável pela reparação civil dos danos que o seu curatelado possa vir a causar a terceiros⁵. Sendo assim, o inciso II, do art. 932, descreve a responsabilidade civil objetiva solidária que existe na relação entre o curador e o seu curatelado. Entretanto, com o advento do EPD, a curatela passa a ser uma medida de excepcionalidade em relação às pessoas com deficiência que, por conseguinte, passa a ser aplicada somente em casos específicos e quando houver comprovada necessidade. Dessa forma, a partir da nova formulação do art. 1.767 do Código Civil, pode ocorrer a exclusão da pessoa com deficiência do aporte legislativo que os sujeitaria a curatela⁶.

Como vimos, a partir da instauração do EPD, as pessoas com deficiência não estão mais enquadradas na descrição de pessoas que necessariamente estarão sujeitas à curatela. No entanto, uma nova relação se apresenta com o EPD, a incorporação do instituto da Tomada de Decisão Apoiada (TDA) mediante a instituição do art. 1.783-A do Código Civil, o que representa uma nova dinâmica para a relação de auxílio à pessoa com deficiência.

A Tomada de Decisão Apoiada está agora prevista na Parte Especial do Código Civil em seu Capítulo III – Da Tomada de Decisão Apoiada -, do Título IV – Da Tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada -, do Livro IV – Do Direito de Família. Confira-se:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculo e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhe os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade⁷.

A Tomada de Decisão Apoiada (TDA), distintamente da curatela, está pautada em um pedido feito pela pessoa com deficiência que, por fatores diversos, sente a necessidade de requerer para si um apoio para deliberar a respeito ou mesmo executar atos de sua vida civil. Desse modo, a TDA não é uma medida restritiva da capacidade legal da pessoa com

4 Código Civil. Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. Art. 942. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

5 CC. Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – (...)

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

6 CC. Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

II – (revogado)

III – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

IV – (revogado)

V – os pródigos.

7 Código Civil. Lei 10.406/2002.

deficiência; ao contrário, é um instrumento para o exercício da autonomia e da capacidade legal dessa pessoa.

Segundo Menezes, a distinção entre a TDA e a curatela está no fato de que a TDA objetiva a “formalização de um acordo de apoio, sem a mitigação da capacidade civil”⁸, enquanto que a curatela representa “uma medida mais agressiva à capacidade civil do beneficiário”⁹. Nestas condições, a TDA se apresenta com a natureza de instituto negocial a ser buscado através de procedimento de jurisdição voluntária sem que, com isso, seja afetada a higidez da plena capacidade da pessoa apoiada.

Segundo as palavras de Amartya Sen, a capacidade representa os “poderes para fazer ou deixar de fazer sem os quais não há escolha genuína”¹⁰. Por conseguinte, não há como defender a plena capacidade da pessoa com deficiência se ela não puder estar inscrita na possibilidade de fazer ou não fazer suas próprias escolhas. Todavia, em uma análise de responsabilidade civil da pessoa com deficiência, como essa relação pode ser demarcada? Como ocorre o delineamento da responsabilidade civil na relação entre o apoiador e o apoiado a partir da diferença entre a curatela e a TDA se essa mudança é marcada justamente pelo fato do reconhecimento da capacidade da pessoa com deficiência?

A compreensão da relação contextual normal entre o enunciado interno de que determinada norma de um sistema é válida e o enunciado factual externo de que o sistema é geralmente eficaz pode contribuir para que se aprecie sob a ótica correta a teoria comum que supõe que afirmar a validade de uma norma implica prever que ela será imposta pelos tribunais ou que, por causa dela, alguma outra providência oficial será tomada¹¹.

Tem-se pois, que de acordo com Hart, deve haver uma aplicação da norma pelos tribunais para que esta norma possa estabelecer sua validade. Desse modo, a validade de uma norma está diretamente vinculada à possibilidade de ser confirmada nas deliberações dos tribunais.

Por sua vez, Amartya Sen observa que as instituições possuem influência na vida das pessoas, mas ressalva que também é preciso observar o “comportamento real dessas pessoas, pelas interações sociais e outros determinantes significativos”¹². Logo, há que se compreender como poderia ocorrer uma conformidade entre o EPD e o Código Civil para que se reconheça a conexão da responsabilidade civil e seus reflexos, não somente em relação à tutela ou a curatela, mas também em face de um procedimento de Tomada de

8 MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão** – 2ª ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 696.

9 Idem.

10 SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Tradução e apresentação de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001, p. 13.

11 HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução de Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica de Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 135.

12 SEN, A. **Desigualdade reexaminada**. Tradução e apresentação de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 13.

3 | A RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA LEI 13.146/2015 (EPD)

A Lei 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, afirma que a pessoa com deficiência “tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”¹³. Essa lei, conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), está pautada nas resoluções da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que, por sua vez, está incursa no ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto 6.949/2009. Cumpre-se anotar que, em ambos os diplomas legais, há ênfase em pronunciar o direito à igualdade das pessoas com deficiência em relação aos demais. O mencionado diploma legal assenta expressamente em seu art. 12 o reconhecimento da igualdade das pessoas com deficiência perante a lei:

2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitem no exercício de sua capacidade legal¹⁴.

Desse modo, o reconhecimento da capacidade legal da pessoa com deficiência em parâmetros de igualdade com as demais pessoas e a promoção para o exercício dessa capacidade legal são compromissos firmados pelos países integrantes da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), dentre os quais, o Brasil.

Não obstante, ressumbra o questionamento: afinal, se com o advento do EPD a pessoa com deficiência passa a exercer a sua capacidade legal nos mesmos termos de igualdade que as demais pessoas, sua responsabilidade civil passa, por força dessa novel legislação, também a ser considerada de modo igualitário?

De acordo com os parágrafos 2º e 3º do art. 84 do EPD, o instituto da Tomada de Decisão Apoiada (TDA) passa a ser trabalhada como um instrumento facultativo à disposição da pessoa com deficiência, a qual poderá solicitar – sob o manto do Judiciário – auxílio de terceiros apoiadores para deliberar a respeito dos atos de sua vida civil. Em contrapartida, e como já salientado anteriormente, a curatela passa a ser tratada como medida excepcional e, por isso, não é mais invariavelmente aplicável a todos os casos

13 Lei 13.146/2015. Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

14 Decreto 6.949/2009. Art. 12. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

relacionados às pessoas com deficiência¹⁵.

Portanto, com esse novo direcionamento traçado pelo EPD, a curatela passa a ser considerada como uma medida protetiva excepcional que deve ser imposta à pessoa do curatelado somente nos casos em que se comprove a sua efetiva necessidade; vale dizer, mediante o reconhecimento da absoluta incapacidade da pessoa e, por que não dizer, mediante a interdição desta.

Por sua vez, a TDA se apresenta como um instrumento de auxílio à pessoa com deficiência, invocável mediante iniciativa da própria pessoa que se qualifica como tal. Desse modo, se a relação entre curador e curatelado se estabelece de forma compulsória e extraordinária e, por sua vez, a relação entre apoiador e apoiado é formada a partir de um requerimento do apoiado e mediante termo de acordo com os apoiadores, como definir um lugar para a responsabilidade civil no contexto das aventadas disposições do Código Civil e do EPD?

Os problemas decorrentes desse debate em torno da responsabilidade civil podem ser inscritos em quatro linhas distintas de raciocínio, a saber:

- I.a curatela não estaria mais diretamente vinculada com a responsabilidade solidária do curador em face da pessoa com deficiência, uma vez que não mais inscrita – invariavelmente - no regime das incapacidades;
- II.a TDA é uma medida de apoio para o exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência requerida pela própria pessoa a ser apoiada que, corolário lógico, pressupõe-se dotar de discernimento. Nestas condições, por deter discernimento, o apoiado reservaria para si a responsabilidade civil;
- III.a curatela apresenta requisitos específicos para a relação entre o curador e o curatelado. Esses critérios poderiam ser eventualmente acomodados ao instituto da TDA; e
- IV.a exclusão da pessoa com deficiência do regime das incapacidades permitiria que ela passasse a ser plena e exclusivamente responsável por seus atos.

De acordo com José Fernando Simão, com o advento do EPD a responsabilidade por danos causados a terceiros pelas pessoas com deficiência passa a ser da própria pessoa com deficiência. Para ele, quando se retira a pessoa com deficiência do contexto do regime das incapacidades, a excepcionalidade da responsabilidade subsidiária prevista no artigo 928 do Código Civil não possui mais eficácia, uma vez que o incapaz referido no artigo não é mais considerada pessoa com deficiência.

Sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, terá uma outra desvantagem em termos jurídicos: passará a responder com seus próprios bens pelos danos que causar a terceiros, afastando-se a

15 Lei 13.146/2015. Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º (...).

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

responsabilidade subsidiária criada atualmente pelo artigo 928 do CC. Pela sistemática do Código Civil, quem responde precipuamente pelos danos causados pelos incapazes são seus representantes legais (pais, tutores e curadores). Imaginemos uma pessoa que, por problemas psicológicos, tem perda ou séria redução de discernimento e, tendo acessos de fúria, gera graves danos a terceiros. Tal pessoa, sendo interdita por força da doença será cuidada por seu curador. Se causar danos, o patrimônio do curador responderá. O incapaz só responde subsidiariamente. Com o Estatuto, a responsabilidade será exclusiva da pessoa que causou o dano¹⁶.

Nesse contexto, há de se observar as implicações dessa nova postura para a vida da pessoa com deficiência, uma vez que, ao talante de cada interpretação, essa pessoa pode ou não ser responsabilizada por danos causados a terceiros.

Como se vê, a exceção do artigo 928 sugere interrogações em relação ao lugar das pessoas com deficiência e dos incapazes. É que, exemplificativamente, se o deficiente estiver enquadrado como relativamente incapaz nos moldes do inciso III, do art. 4º e do inciso I, do art. 1.767 do Código Civil (“aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”), poderá ele ser conclamado a responder subsidiariamente por danos que vir a causar a terceiros. Entretanto, caso não se verifique hipótese de conformação a esses dispositivos legais, a pessoa com deficiência pode ser chamada a responder por seus atos isoladamente, posto que essa pessoa, embora com deficiência, não se enquadraria no regime das incapacidades, logo, não mais estaria sujeita à previsão dos citados dispositivos do Código Civil, mas sim à regra geral do art. 927 desse *Codex* [“Aquele que, por ato ilícito (arts 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”].

No entanto, se a pessoa com deficiência fez o pedido de TDA por se auto-reconhecer vulnerável e, pois, inapta para, isoladamente, tomar uma decisão em relação a sua vida, poderia o regime da TDA – ainda que analogicamente - ser inscrito na previsão legal do art. 932, II, do Código Civil, que estabelece a responsabilidade civil solidária do tutor e do curador pelo tutelado ou curatelado?

Como se vê, a novel legislação, ao instituir o procedimento da TDA, intencionalmente ou não, nada dispôs sobre a episódica responsabilidade civil do apoiador em face dos atos do apoiado.

A Tomada de Decisão Apoiada é um modelo jurídico que se aparta dos institutos protetivos clássicos, tanto na estrutura como na função. É um paradigmático exemplo da influência que o Direito Constitucional exercita sobre o Direito Civil na tão esperada “personalização da pessoa humana”. Cuida-se de medida promocional de autonomia que resguarda a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente os seus desejos e anseios vitais. Definitivamente, é figura bem mais elástica do que a curatela, pois estimula a capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, livre do estigma social da curatela, medida

16 SIMÃO. José Fernando. **Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte I)**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 01 set. 2020.

invasiva à liberdade da pessoa¹⁷.

Sendo assim, uma das premissas que fundamenta o instituto da TDA é o fato de que esse instituto objetiva garantir e expandir o exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência. Pode-se, pois, inferir que com a TDA ocorre a valorização da autonomia da pessoa com deficiência em relação às escolhas da sua vida, uma vez que estimulada a exercer seus direitos e suas vontades. Nesse contexto, o desafio está em se compreender se o processo da TDA permite, ainda que por força do plano de apoio a ser ajustado entre o apoiado e seus apoiadores, uma demarcação da responsabilidade civil na relação que se estruturará entre esses personagens, bem como se essa possível relação de responsabilidade será solidária ou subsidiária. De acordo com Nelson Rosenvald:

Em sede de responsabilidade civil, é indiscutível que a pessoa apoiada pratica atos ilícitos, haja vista que em acréscimo à eventual prática de uma conduta antijurídica, preservada sobeja a sua imputabilidade, diversamente do que ocorre nos casos de curatela. Assim, haverá plena incidência do artigo 927 do Código Civil nas hipóteses de danos praticados pelos beneficiários do apoio. Não haverá dificuldade em estender a fundamentação da responsabilidade direta e mitigada das pessoas com concreta vulnerabilidade (art. 927, c/c par. único, art. 928 do CC/02) para o âmbito dos beneficiários do apoio¹⁸.

Assim, para Rosenvald, nos casos de apoioamento pode ser reconhecida a responsabilidade civil dos beneficiários do apoio na forma prevista no art. 927¹⁹ do Código Civil e, nos casos em que há vulnerabilidade do apoiado, se aplicaria a regra da responsabilidade civil prevista no art. 928²⁰ daquele Código. Desse modo, a pessoa que requer o apoio responde pelos atos ilícitos que cometer posto não se tratar de incapaz. Entretanto, Rosenvald observa a possibilidade de incidir, em casos de comprovada vulnerabilidade, o modo mais flexível de responsabilidade civil descrita no art. 928 do Código Civil.

De acordo com o previsto no § 1º do art. 1.783-A do Código Civil, que versa sobre o procedimento da TDA, o apoioamento deverá estar pautado em termos específicos do limite e do compromisso resguardado pelo apoio²¹. Assim, a pessoa com deficiência, ao formular o pedido judicial de TDA, estabelece os compromissos que a vincularia com os apoiadores, compromissos esses que têm por objetivo preservar a vontade, os direitos e os interesses

17 ROSENVALD, Nelson. **A Responsabilidade Civil da Pessoa com Deficiência qualificada pelo Apoio e de seus Apoiadores**. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2018/03/06/A-Responsabilidade-Civil-da-Pessoa-com-Defici%C3%Aancia-qualificada-pelo-Apoio-e-de-seus-Apoiadores>. Acesso em: 01 set. 2020.

18 ROSENVALD, Nelson. **A Responsabilidade Civil da Pessoa com Deficiência qualificada pelo Apoio e de seus Apoiadores**. Disponível em: [Pessoa-com-Defici%C3%Aancia-qualificada-pelo-Apoio-e-de-seus-Apoiadores](https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2018/03/06/A-Responsabilidade-Civil-da-Pessoa-com-Defici%C3%Aancia-qualificada-pelo-Apoio-e-de-seus-Apoiadores). Acesso em: 01 set. 2020.

19 Código Civil. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

20 Código Civil. Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

21 Código Civil. Art. 1.783-A.

da pessoa que pede o apoio.

Cabe, então, questionar se seria possível que o plano de apoio discipline – inclusive - quanto à possível responsabilidade civil de apoiado e seus apoiadores, até mesmo porque o parágrafo 4º do art. 1.783-A do Código Civil estabelece que a TDA terá validade e efeito sobre terceiros, desde que esteja inscrita nos limites estabelecidos pelo apoio²². Por outro lado, pode ocorrer que não exista acordo entre os apoiadores e o apoiado e, nesse caso, o juiz pode ser chamado a intervir para ajustar essa relação de apoio. Nessa hipótese, como demarcar a responsabilidade civil dos apoiadores e do apoiado, uma vez que o apoiado fez o pedido de TDA por carecer de auxílio em uma decisão da sua vida? Confira-se o disposto no § 6º do art. 1.783-A do Código Civil:

§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão²³.

Aqui sobreleva mais uma relevante indagação: pode o juiz disciplinar a responsabilidade civil no âmbito da TDA? Haveria limites ou parâmetros para esse atuar do magistrado? Note-se que legislação de pertinência nada revela.

Considerando que a TDA é um processo judicial que visa expandir e assegurar o exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência, a perspectiva de emergir alguma litigiosidade entre o apoiado e seus apoiadores – no âmbito desse procedimento de jurisdição voluntária – desconstruiria toda a validação e eficiência visada para o auxílio à pessoa com deficiência mirada pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD).

Não se pode olvidar que sempre estará presente o risco de os apoiadores agirem com negligência e/ou não corresponderem às projeções do apoio, circunstância essa que poderá afastá-los da Tomada de Decisão Apoiada. É o que estabelecem os §§ 7º usque 9º do art. 1.783-A do Código Civil:

§ 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

§ 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

§ 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada²⁴.

Em situações como esta, seria possível repercutir alguma responsabilização aos apoiadores por sua aventada negligência ou ineficiência no cumprimento de seus

22 Código Civil. Art. 1.783-A. (...) § 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

23 Código Civil. Art. 1.783-A.

24 Código Civil. Art. 1.783-A.

compromissos como apoiadores? Seria o caso de aplicação das regras da responsabilidade civil objetiva e/ou subjetiva reguladas pelo capítulo específico do Código Civil no campo obrigacional²⁵? Ou, como se aventou alhures, incidiria responsabilidade civil subsidiária ou mesmo solidária dos apoiadores por aplicação analógica dos fundamentos da curatela previstos nos já invocados arts. 928 e 932 do Código Civil?

Neste ponto do debate, cabe convocar Dworkin:

O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo²⁶.

A prerrogativa de pensar o direito para além das demarcações impositivas do processo legislativo pode corroborar uma solução flexível dentro dos próprios conflitos que a própria lei lega, intencionalmente ou não. Não obstante, propiciar segurança jurídica, em especial, para as pessoas que se encontram em estado de deficiência ou mesmo de vulnerabilidade, é desafio e missão que se apresenta ao profissional do Direito.

De acordo com Hart, a posição que se destacou de Dworkin quanto à doutrina dos direitos, incorre em erro justamente por relativizar os aspectos impositivos do direito que estariam a fundamentar a própria eficácia da lei.

Os direitos e os deveres jurídicos são elementos através dos quais o direito, com seus recursos coercitivos, respectivamente protege e limita a liberdade individual, e confere ou nega aos indivíduos o poder de utilizarem eles próprios a máquina coercitiva do direito. Assim, sejam as leis moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos exigem atenção como pontos focais no funcionamento do sistema jurídico, que tem importância suprema para os seres humanos e independe de méritos morais²⁷.

Portanto, ao se investigar a demarcação da responsabilidade civil da pessoa com deficiência no contexto de debate que se estabelece – como aqui se procurou demonstrar – entre os dispositivos de lei presentes no Código Civil e no EPD, há que se conferir se a lei está sendo efetivamente delineada com a ampla visão do contexto social, nomeadamente, o contexto das pessoas com deficiência.

Nesse sentido, o debate perpassa dois pontos dissonantes: por um lado, a legislação não apresenta especificações a respeito de (1) se e (2) como se projetaria a episódica responsabilidade civil do apoiado ou de seus apoiadores no processo de Tomada de Decisão Apoiada. Por outro lado, em disciplinando detalhadamente sobre responsabilidade civil dos atores da TDA, poderia incorrer essa mesma legislação em afronta à autonomia

25 Código Civil. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

26 DWORKIN. R. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014. p. 492.

27 HART. H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução de Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica de Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 347.

da vontade da pessoa com deficiência, instituto especialissimamente valorado no EPD e, corolário disso, forçar um movimento contrário ao regime das incapacidades implementado por esse novel Estatuto.

4 | A LEI 13.146/2015 (EPD) E A REFORMULAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL QUANTO AO REGIME DAS INCAPACIDADES

A instituição do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) em julho de 2015 implicou na incorporação de alterações importantes no Código Civil de janeiro de 2002. Todavia, essas alterações não refletem um debate findado a respeito da demarcação da responsabilidade civil da pessoa com deficiência. E com a inscrição do instituto da Tomada de Decisão Apoiada (TDA) pelo EPD, exsurtem questões controversas que perpassam a relação entre o apoiado e seus apoiadores em um contexto de análise distinto daquele entre o curador e o curatelado, como se procurou aqui demonstrar.

Uma outra questão que se apresenta em face do instituto da Tomada de Decisão Apoiada é se esse procedimento estaria restrito às pessoas com deficiência ou se comportaria invocação por uma pessoa que, episodicamente, possa ser qualificada como vulnerável.

De acordo com Menezes, qualquer pessoa que precise de auxílio para o exercício da sua capacidade legal pode ajuizar uma TDA:

Embora inclusão da TDA no Código Civil seja fruto de alteração proposta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, poderá ser utilizada por qualquer pessoa maior que sinta necessidade de apoio para o exercício de sua capacidade legal, tais como: idosos, drogaditos ou alcoólicos, pessoas que tenham dificuldade para locomoção, limitadas por seqüelas de acidente vascular cerebral ou aquelas que estão nas fases iniciais de doença de Alzheimer, além daquelas que tem alguma deficiência física, psíquica ou intelectual²⁸.

Portanto, nas palavras de Menezes, outro ponto que demarca o instituto da TDA é que ele não estaria restrito ao pedido de uma pessoa com deficiência, mas ao pedido de qualquer pessoa que, por motivos diversos, se encontre em estado de vulnerabilidade e se sinta compelida a pleitear apoioamento.

Na Itália, o *amministratore di sostegno*²⁹ representa uma alternativa de apoio à pessoa por deficiência ou a pessoa que apresenta alguma doença, mesmo que temporária, e que possa vir a precisar de assistência para exercer os atos da vida civil. A aplicação do *amministratore di sostegno* requer a identificação do apoiador e as justificativas pelas quais o apoio é necessário, observando, sempre, as necessidades e interesses da pessoa sobre

28 MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão** – 2ª ed. Ver. E ampliada. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 688.

29 *Codice Civile. Artt. 404 - Amministrazione di Sostegno. La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilit , anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, pu  essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio.* Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-civile/>. Acesso em: 01 set. 2020.

proteção³⁰. A remoção do *amministratore di sostegno* ocorre oficialmente pelo juiz quando se constata que a proteção não está suprindo os objetivos para a qual foi estabelecido e, por isso, ocorre à remoção do apoiador e à nomeação de um curador temporário³¹.

A Argentina apresenta o instituto de *apoyo al ejercicio de la capacidad*³² e destaca a ideia de que ele pode ser reivindicado por qualquer pessoa que conclame por apoio para tomar decisões em sua vida. Dessa forma, o *apoyo al ejercicio de la capacidad* objetiva facilitar, com o respeito que é devido, a vida da pessoa que necessita de auxílio para deliberar sobre seus interesses. Sendo assim, o *apoyo al ejercicio de la capacidad* destaca a importância de nomear e fixar as medidas de apoio daquele que irá prestar o auxílio, como forma de resguardar os direitos da pessoa apoiada, inclusive para prevenir possíveis conflitos futuros.

Nessa mesma linha de posicionamento, Portugal instituiu recentemente o regime do “*maior acompanhado*”³³, o que fez com o propósito de propiciar uma maior inclusão das pessoas que apresentam alguma forma de vulnerabilidade e/ou deficiência. Nesse sentido, o auxílio do “*maior acompanhado*” independe de deficiência, uma vez que ele pode ser aplicado por questões de saúde ou de comportamento. O regime do “*maior acompanhado*” está disponível em Portugal para qualquer pessoa que se sinta impossibilitada de exercer plenamente os seus direitos ou de cumprir os seus deveres.

30 *Codice Civile*. Artt. 407. *Il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno deve indicare le generalità del beneficiario, la sua dimora abituale, le ragioni per cui si richiede la nomina dell'amministratore di sostegno, il nominativo ed il domicilio, se conosciuti dal ricorrente, del coniuge, dei discendenti, degli ascendenti, dei fratelli e dei conviventi del beneficiario.*

Il giudice tutelare deve sentire personalmente(1) la persona cui il procedimento si riferisce recandosi, ove occorra, nel luogo in cui questa si trova e deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

31 *Codice Civile*. Artt. 413. *Quando il beneficiario, l'amministratore di sostegno, il pubblico ministero o taluno dei soggetti di cui all'articolo 406, ritengono che si siano determinati i presupposti per la cessazione dell'amministrazione di sostegno, o per la sostituzione dell'amministratore, rivolgono istanza motivata al giudice tutelare.*

L'istanza è comunicata al beneficiario ed all'amministratore di sostegno.

Il giudice tutelare provvede con decreto motivato, acquisite le necessarie informazioni e disposti gli opportuni mezzi istruttori.

Il giudice tutelare provvede altresì, anche d'ufficio, alla dichiarazione di cessazione dell'amministrazione di sostegno quando questa si sia rivelata inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario. In tale ipotesi, se ritiene che si debba promuovere giudizio di interdizione o di inabilitazione, ne informa il pubblico ministero, affinché vi provveda. In questo caso l'amministrazione di sostegno cessa con la nomina del tutore o del curatore provvisorio ai sensi dell'articolo 419, ovvero con la dichiarazione di interdizione o di inabilitazione. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

32 *Código Civil y Comercial de la Nación Artículo 43. – Concepto. Función, Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.* Disponível em: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

33 *Decreto-Lei n.º 49/2018. Art.138. Acompanhamento. O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código.* Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/115553662/details/maximized>. Acesso em 01 set. 2020.

Constata-se, pois, da comparação com as mencionadas legislações estrangeiras, que há uma significativa e importante diferença na formulação da TDA brasileira, eis que por aqui o pedido de TDA ficou, ao menos nos termos rígidos da lei, restrito às pessoas com deficiência³⁴. Ou seja, a possível incorporação a outros casos de apoio, que não para as pessoas que se intitulem como deficientes, estará condicionada à uma interpretação ampliativa da doutrina e o referendo do Judiciário, caso a caso.

Como se vê, a interrogação a respeito do lugar da responsabilidade civil no processo da TDA se inscreve em debates para além daquele estabelecido para as pessoas com deficiência.

Sempre que uma sociedade decide maximizar a soma dos valores intrínsecos ou o saldo líquido de satisfação dos interesses, corre-se o risco de descobrir que a negação da liberdade para alguns se justifica em nome desse objetivo único. As liberdades de cidadania igual estão inseguras quando fundadas em princípios teleológicos. A argumentação a favor delas se apóia em cálculos tão precários quanto controversos, e em premissas incertas³⁵.

De acordo com John Rawls, quando a sociedade acaba por exaltar em demasia certos interesses em detrimentos de outros, ela acaba por negar a liberdade de uns em benefício do alcance de um objetivo comum. Todavia, para Rawls, essa justificativa pautada na correspondência direta para cumprir um fim específico dentro da sociedade incorre na insegurança dos fundamentos de uma liberdade igualitária.

Há, pois, que se atentar quanto ao alcance da TDA de modo a evitar que, ao comportar toda a pessoa que a ela recorra, se verifique o desvirtuamento do seu propósito inicial que é o de promover a autonomia da pessoa com deficiência. Por outro lado, também pode ocorrer que a falta de atenção para ampliar as hipóteses de apoio, via TDA, deixe de considerar as necessidades de outras pessoas que prescindem de auxílio para tomar decisões, as quais, se não receberem essa assistência, acabam sendo negligências e, por conseguinte, poderão ter suas liberdades cerceadas.

Segundo o princípio da igualdade previsto na Constituição Federal³⁶, o tratamento isonômico representa a perspectiva de tratamento igualitário aos iguais e desigual aos desiguais; vale dizer, em condições de diferenças é preciso observar essas diferenças para proporcionar um nivelamento que equipare as desigualdades. No caso do processo da TDA, as diferenças precedem o próprio processo da TDA, mas a sua aplicação deve cumprir com a sua premissa maior que é a de propiciar a exercício autônomo da capacidade legal da pessoa apoiada.

Para John Rawls, a significado da igualdade pode ser analisado em um debate com

34 Código Civil. Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

35 RAWLS. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta/Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes: 2000. p. 229.

36 Constituição Federal. Art. 5º.

o princípio da justiça. Nesse sentido, ele observa uma correlação entre a participação das pessoas em relação às determinações estabelecidas pelas instituições que as regulam e, por conseguinte, a possibilidade de acesso à igualdade³⁷. Desse modo, seria possível demarcar a existência da igualdade a partir da abdicação da singularidade; ou seja, haveria acesso a igualdade no momento em que a liberdade é suprimida pelas regras que são comuns a todos.

Nestas condições, pode-se inferir que o procedimento brasileiro da Tomada de Decisão Apoiada pode ser caracterizado por um contrassenso na sua própria formulação, uma vez que aquele que a invoca deve se qualificar na petição inicial como deficiente que busca o apoio para exercer sua capacidade civil. Vale dizer, aquele que não se qualifica como deficiente, mas se sente vulnerável, não estaria habilitado para vindicar essa providencial alternativa de apoio para o exercício de seus direitos.

A seu turno, Amartya Sen não exclui a importância das instituições para a estrutura da sociedade e destaca a relevância de considerar os indivíduos e suas relações de modo independente.

O princípio organizador que monta todas as peças em um todo integrado é a abrangente preocupação com o processo do aumento das liberdades individuais e o comprometimento social de ajudar para que isso se concretize³⁸.

Na esteira do pensamento de Sen, a preocupação com a expansão da liberdade deve estar inscrita dentro de uma sociedade. Com isso, não se afirma que a liberdade se aplica de forma irrefletida, mas que ela deve ser considerada dentro da formação estrutural das instituições que orientam a sociedade.

Portanto, mais do que demarcar uma solução final para o debate entre o processo da TDA e o reconhecimento da responsabilidade civil, é necessário observar em que medida a formulação da TDA garante o exercício da capacidade legal das pessoas com deficiência, assim como das pessoas que necessitem dessa modalidade de suporte judicial, mas que não estão referidas na correlativa legislação.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A razão de ser da Tomada de Decisão Apoiada (TDA) é proporcionar assistência e apoio à pessoa com deficiência, que porventura esteja se sintendo insegura, para deliberar sobre atos de sua vida civil. Todavia, a partir de uma interpretação ampliativa, pode ser reconhecida como alternativa de apoio extensível a toda a pessoa que se encontre em estado de vulnerabilidade em sentido amplo.

Outrossim, inequívoca a dificuldade que se apresenta na demarcação da

37 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta/Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes: 2000. p. 561.

38 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta; revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 378.

responsabilidade civil dos apoiadores por decorrência da Tomada de Decisão Apoiada, justamente pela omissão a respeito, intencional ou não, da legislação que a instituiu, notadamente porque instituto claramente inconfundível com a curatela que, por sua vez, detém regras específicas sobre a responsabilidade civil do curador e do próprio curatelado.

Como ensina Amartya Sen, “Não é tanto uma questão de ter regras exatas sobre como exatamente devemos agir, e sim reconhecer a relevância de nossa condição humana comum para fazer as escolhas que se nos apresentam”³⁹.

Assim, a promoção do exercício de direitos deve manter sua primazia, evitando-se o risco de retomar discriminações já superadas. Por outro lado, ante excepcionalidades, estas devem ser tratadas como tal – de modo excepcional, pautando-se na investigação das singularidades e não das generalidades, sob pena de incidir em rejeição da sagrada liberdade da pessoa enquanto um ser de direito, daí porque a importância de uma clara definição quanto à responsabilidade civil do apoiado e de seus apoiadores no âmbito da Tomada de Decisão Apoiada, quer esse esclarecimento venha por força do respectivo plano de apoio, quer mediante uma adequada ponderação hermenêutica.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de la Nación**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/2350000-239999/235975/norma.htm>. Acesso em 04 set. 2020.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04 set. 2020.

_____. [Lei 10.406/2002]. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 04 set. 2020.

_____. [Lei 13.146/2015]. **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 04 set. 2020.

_____. [Decreto 6.949/2009]. **Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 04 set. 2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

³⁹ SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. – São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 360.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**. FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista (organizadores). Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de; [et al.] **Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Coordenação Cesar Peluso. 12^a. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2018.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ITÁLIA. **Codice Civile**. Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-civile/>. Acesso em: 04 set. 2020.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Prefácio e Tradução Antônio Ulisses Cortês. 5^a edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. (coordenadores) **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHADO, Costa (organizador); CHINELLATO, Silmara Juny (coordenadora). **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 11^a. ed. Barueri-SP: Manole, 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de (organizadora). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. 2^a ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

_____. **O Risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei nº13.146, de 06 de julho de 2015**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, p. 137-171, abr./jun.2017.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A., FONSECA, João Francisco N. da. **Código Civil e legislação civil em vigor**. 34^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

PORTUGAL. **Decreto-Lei 49/2018**. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/115553662/details/maximized>. Acesso em: 04 set. 2020.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Seleção, apresentação e glossário Catherine Audard; Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes: 2000.

ROSENVALD, Nelson. **A Responsabilidade Civil da Pessoa com Deficiência qualificada pelo Apoiadores**. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2018/03/06/A-Responsabilidade-Civil-da-Pessoa-com-Defici%C3%A7%C3%A3o-qualificada-pelo-Apoio-e-de-seus-Apoiadores>. Acesso em: 01 set. 2020.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

.. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

.. **Desigualdade reexaminada.** Tradução e apresentação de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade** (Parte I). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 01 set. 2020.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade.** Barueri-SP: Manole, 2002.

CAPÍTULO 2

A INCOMPATIBILIDADE ENTRE O SEXO ANATÔMICO DE UM INDIVÍDUO E A SUA IDENTIDADE DE GÊNERO: TRANSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E A VERDADE REGISTRAL

Data de aceite: 01/11/2021

Alexandre Moura Lima Neto

Mestre em Cultura e Sociedade pelo Programa de Pós-Graduação em Cultura e Sociedade – PGCult – UFMA

Alessandra Anchieta Moreira Lima de Aguiar

Mestra em Meio Ambiente (UniCEUMA).
Professora Universitária (UniCEUMA)

Haroldo Corrêa Cavalcanti Neto

Mestrando em Direito na Especialidade de Ciências Jurídico-Políticas. Universidade Portucalense Infante D. Henrique

RESUMO: Este estudo tem como objetivo analisar o biodireito no Ordenamento Jurídico brasileiro, enfocando nos reflexos registrais em torno da transexualidade. Como metodologia foi realizado um estudo bibliográfico, buscando embasamento em livros, artigos e legislações vigentes sobre o assunto tratado. No Código Civil encontra-se a legislação pertinente repletas de lacunas que deixam a possibilidade aberta de pessoa interpretarem a lei conforme a necessidade. O nome civil foi demonstrado como um direito de personalidade do indivíduo, envolvendo a dignidade da pessoa humana, regido pelo Código Civil e pela Lei dos Registros Públicos. A justiça brasileira tem se mostrado bastante sensível aos casos de indivíduos transgêneros e transexuais, acatando a mudança do nome civil em casos que informam sofrer constrangimentos ao utilizarem seus nomes civis no meio social, tanto após a mudança de

sexo, quanto antes dessas, sendo possível verificar na jurisprudência os muitos casos em que foi considerada esta mudança. Ao final do estudo verifica-se que o Biodireito tem refletido diretamente nas questões registrais, dada as rápidas transformações desse setor que fazem com que o Ordenamento Jurídico não consiga acompanhar-las na mesma velocidade, com isso a questão transexual e transgênero tem refletido diretamente nas questões registrais, verificando-se esforços da legislação e jurisprudência brasileira para uma melhor resolução dos casos que envolvem o assunto, com principais reflexos registrais verificados a partir de 2018, com o Provimento n. 73, quando todos os ofícios de Registro Civil das Pessoas Naturais passaram a ser obrigados a acatar as solicitações de nome e gênero de pessoas trans, sendo responsável por desburocratizar e desjudicializar esse processo.

PALAVRAS-CHAVE: Biodireito. Direitos de personalidade. Nome civil. Transexuais. Transgêneros.

ABSTRACT: This study aims to analyze biolaw in the Brazilian Legal System, focusing on the registry reflexes around transsexuality. As a methodology, a bibliographic study was carried out, looking for a basis in books, articles and legislation in force on the subject in question. In the Civil Code, the relevant legislation is full of gaps that leave the possibility open for people to interpret the law as needed. The civil name was demonstrated as an individual's personality right, involving the dignity of the human person, governed by the Civil Code and the Public Records Law. The Brazilian justice has shown

itself to be very sensitive to the cases of transgender and transsexual individuals, accepting the change of civil name in cases that report suffering embarrassment when using their civil names in the social environment, both after the change of sex, as before, being possible verify in the jurisprudence the many cases in which this change was considered. At the end of the study, it appears that Biolaw has directly reflected on registry issues, given the rapid changes in this sector that make the Legal System not able to follow them at the same speed, with this the transsexual and transgender issue has directly reflected in the registry issues, verifying the efforts of Brazilian legislation and jurisprudence for a better resolution of cases involving the matter, with main registry effects verified from 2018, with Provision no. 73, when all Civil Registry offices of Natural Persons began to be obliged to accept requests for the name and gender of trans people, being responsible for reducing bureaucracy and making this process less judicial.

KEYWORDS: Biolaw. Personality rights. Civil name. Transsexuals. Transgenders.

1 | INTRODUÇÃO

Considerando que a sociedade esteve durante toda a história sofrendo modificações, o que antes era inaceitável hoje é algo do cotidiano, passando a existir uma nova realidade social, o Direito não pode se mostrar inerte, sendo necessário se adaptar a mesma, buscando acompanhar suas constantes evoluções. Porém, não foi possível que ele caminhasse na mesma velocidade que a biotecnologia, sendo inevitável que sua legislação não viesse a suprir todas as peculiaridades desse setor.

Tanto o indivíduo transexual quanto o transgênero envolve uma incompatibilidade entre o sexo anatômico de um indivíduo e a sua identidade de gênero. Diferenciam-se pelo fato do transgênero ser aquele em que sua identidade de gênero difere em diversos graus do sexo biológico, enquanto a transexualidade consiste em um fenômeno social, que envolve o sentimento e o desejo do indivíduo ser do outro sexo, sendo capaz de se aventurar em terapias hormonais automedicadas ou intervenções cirúrgicas para alcançar seu objetivo.

Trata-se de um tema bastante complexo, considerando que envolve pessoas mal compreendidas e, por vezes, discriminadas pela sociedade, sendo necessário neste estudo abordar desde as concepções do universo transexual até o posicionamento do Ordenamento Jurídico brasileiro sobre o uso social por pessoas transgêneros para possibilitar maior compreensão da temática, considerando mais especificamente os reflexos registrais.

O estudo se justifica considerando que é um tema de discussão recente no Ordenamento Jurídico brasileiro, sendo importante que estudos sejam realizados para contribuir com o melhor entendimento do assunto. Trata-se de um tema de relevância social já que envolve fatores que impactam na sociedade e um grupo social estigmatizado que ainda não possui uma proteção jurídica específica.

Nesse contexto, o tema tratado é merecedor de atenção de doutrinadores e

acadêmicos, visto que o avanço legislativo em torno do assunto é pequeno, devendo-se contemplar a necessidade de uma adaptação do Ordenamento Jurídico brasileiro a estas situações singulares geradas pelos avanços biotecnológicos.

O objetivo geral deste estudo consiste em analisar o biodireito no Ordenamento Jurídico brasileiro, enfocando nos reflexos registrais em torno da transexualidade. Como metodologia foi realizado um estudo bibliográfico, buscando embasamento em livros, artigos e legislações vigentes sobre o assunto tratado.

21 A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, BIOÉTICA E OS REFLEXOS REGISTRAIS

Os direitos da personalidade são considerados como fundamentais, sendo dotados de garantias no contexto da Constituição Federal, estando diretamente relacionados à dignidade da pessoa humana (BITTAR, 2015). Como bem afirma Fiuza (2019), os direitos da personalidade têm sede na Constituição Federal de forma implícita, sendo possível extrair do artigo 1º, III da Constituição uma cláusula geral da tutela da personalidade.

É no contexto dos direitos de personalidade que se insere a historicidade pessoal que está conjugada ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Sobre o assunto, Almeida (2003) disserta que:

O conhecimento da identidade pessoal é necessidade humana, e sua legitimidade dá-se na justificativa de ser núcleo central da origem de direitos a se agregarem ao patrimônio de quem adquire, pelo fato de seu nascimento, o status de filho, sejam eles direitos da personalidade ou direitos de natureza patrimonial, representando a paternidade ou maternidade as únicas respostas possíveis ao questionamento humano acerca de quem somos e de onde viemos. Trata-se de conhecer as próprias origens, que não são apenas genéticas, mas também culturais e sociais. (ALMEIDA, 2003 p. 41).

O atual Código Civil trata dos direitos da personalidade, enunciando de forma mais específica, orientando a doutrina e o julgador, pois pertencem, em síntese, aos princípios gerais de direito. Estando intimamente ligados à pessoa, a doutrina abrange ainda mais as características, em relação aos direitos da personalidade, considerando, assim, como genéricos, extrapatrimoniais, absolutos, inalienáveis ou indisponíveis, imprescritíveis, intransmissíveis ou vitalícios, impenhoráveis, necessários, essenciais e preeminentes (FIUZA, 2019).

São genéricos por serem concedidos a todos. Extrapatrimoniais por não terem natureza econômico-patrimonial. Absolutos por serem exigíveis de toda a coletividade, ou seja, o titular do direito poderá exigir que toda a comunidade o respeite, sendo oponíveis erga omnes. Inalienáveis ou indisponíveis por não poderem ser transferidos a terceiros. E imprescritíveis por não haver prazo para ser exercido, pois as ações que os protegem tampouco se sujeitam a prazo. Intransmissíveis por não se transferirem hereditariamente. Necessários, uma vez que todo ser humano os detém necessariamente, por força de lei.

Sendo essenciais porque inerentes ao ser humano. E preeminentes, pois se sobrepujam a todos os demais direitos subjetivos. Visando, assim, à proteção e à promoção da pessoa humana e de sua dignidade. (FIUZA, 2019).

No que diz respeito ao nome como direito de personalidade destaca-se que essa natureza jurídica se dar pelo fato do nome se constituir com caráter existencial e subjetivo na construção da individualidade do cidadão, se inserindo, portanto, em sua personalidade. Conforme destaca Peluso (2016), o nome como um direito de personalidade é irrenunciável, nascendo e se extinguindo com a pessoa e, em alguns casos, comportando proteção mesmo após a morte. Diniz (2017) complementa afirmando que o nome é ainda um direito de personalidade absoluto, intransmissível, indisponível, ilimitado, imprescindível, impenhorável e inexpropriável, sendo tanto de direito privado quanto de direito público.

Miranda (2000) coloca, ainda, o nome como um direito de personalidade primeiro, sendo um pressuposto para os demais direitos de personalidade, considerando que não se pode atribuir algo, seja de forma ativa ou passiva, sem saber a quem. Portanto, o nome é fundamental, inclusive, para que o cidadão goze dos demais direitos.

Venosa (2016) elucida que o nome está no mesmo patamar do estado, da capacidade civil e dos demais direitos do cidadão, sendo um dos principais direitos de personalidade a serem considerados, fazendo parte da pessoa, tanto que, uma vez separada do nome, ela sente como se tivesse perdido sua identidade.

Partindo do entendimento de que o nome possui em suas características jurídicas a irrenunciabilidade é possível relacionar ao princípio da imutabilidade. De acordo com Camargo (2013), o nome é imutável dado um interesse social, bem como para a segurança jurídica. Sobre o assunto, Moreira (2011, p. 22) disserta:

O princípio da imutabilidade ou definitividade tem como escopo a proteção da ordem jurídica. A fixidez do nome garante à sociedade que se possa imputar a um indivíduo hoje as consequências de fatos que ocorreram anteriormente³², sob pena de se instaurar verdadeiro caos nas relações jurídicas, estimulando a prática de ilícitos e o inadimplemento dos contratos, ante a patente impossibilidade de identificar os autores de cada ato jurídico. A imutabilidade tem como fundamento constitucional o princípio da segurança jurídica, implícito no artigo 5º, XXXVI da Constituição.

Vale destacar que pelo princípio da imutabilidade não ser absoluto, aceitando algumas exceções para sua flexibilização, fator que será abordado ainda neste trabalho, no ano de 1999, o termo foi substituído por definitivo, acreditando-se que a nomenclatura admite mais facilmente a alterações do nome em alguns casos justificáveis, principalmente, no entendimento de que o nome pode trazer situações vexatórias para o cidadão. Além do nome civil, é notório que no dia a dia, comumente as pessoas se chamam por um apelido, ou sempre possuem algum nome pelo qual são mais conhecidas, sendo estes nomes conhecidos como nome social.

3 I INDIVÍDUOS TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS E A VERDADE REGISTRAL

A transexualidade é uma incompatibilidade entre o sexo anatômico de um indivíduo e a sua identidade de gênero, sendo considerado pela Organização Mundial de Saúde como um tipo de transtorno de identidade de gênero, também chamado de disforia de gênero. A transexualidade consiste em um fenômeno social, que envolve o sentimento e o desejo do indivíduo ser do outro sexo, sendo capaz de se aventurar em terapias hormonais automeDICADAS ou intervenções cirúrgicas para alcançar seu objetivo.

Estudos têm demonstrado uma associação da transexualidade a variações genéticas, dentre os quais destaca-se a pesquisa realizada por Hare et al. (2009), que identificaram uma associação significativa entre a presença de transexualidade e a doença nos genes do receptor de andrógeno, com pessoas traz apresentando maiores repetições desses genes em comparação a pessoas não transexuais. Foreman et al. (2018) comprovaram essa ligação genética, identificando uma associação significativa entre disforia gênero e os alelos *ER α*, *SRD5A2* e *STS*, bem como nos genótipos *Er α* e *SULT2A1*. Os autores ainda apontaram que várias combinações de alelos também foram super-representadas em mulheres transexuais, a maioria envolvendo genes do receptor de andrógeno (*AR-ERβ*, *AR-PGR*, *AR-COMT*, *CYP17-SRD5A2*).

Trata-se de um tema bastante complexo, considerando que envolve pessoas mal compreendidas e, por vezes, discriminadas pela sociedade, sendo necessário neste estudo abordar desde as concepções do universo transexual até o posicionamento do Ordenamento Jurídico brasileiro sobre o uso social por pessoas transgêneros para possibilitar maior compreensão da temática.

O nome social consiste, basicamente, no nome em que um indivíduo é reconhecido em sua comunidade, podendo-se dizer que são seus apelidos, também chamados de pseudônimos, cognomes, epíteto, alcunha ou hipocorístico, trata-se da forma afetiva de identificar uma pessoa. Mendes (2007, p. 1) sobre o uso de apelidos afirma:

É fato comum a designação de pessoas por apelidos criados a partir de elementos do próprio nome (diminutivos ou aumentativos como Zezão, Zezinho, Tonhão), por características de sua personalidade (Fuinha, Fujão, Corisco, Fecha-Tempo, Mala), pela aparência física (Capitão Gancho, Gigante, Montanha, Careca, Alemão, “Zóio de Burca”, Cabeleira, Magrão), por feitos penalmente puníveis (Jack, Pisa Macio, Pezinho de Veludo).

O que acontece é que tem pessoas que são conhecidas unicamente por seu apelido em sua comunidade, não sendo reconhecido por seu nome civil, fator que traz a importância do nome social. Exemplificando, uma pessoa que tem o nome civil de José Antônio da Civil e em sua comunidade é rotineiramente chamada de Magrão, caso seja procurada por um oficial de justiça, pela polícia pelo seu nome civil, pouco provável que seus vizinhos consigam indicar quem seja.

No que diz respeito ao uso de pseudônimo tem-se a substituição do nome civil por

um nome que pode ser considerado como artístico, sendo geralmente utilizado por pessoas famosas ou por escritores de obras literárias. França (1975, p. 510) conceitua pseudônimo como “o nome, diverso do nome civil, usado por alguém, lícitamente, em certa esfera de ação, com o fim de, nessa esfera, projetar uma face especial da própria personalidade”. Exemplifica-se com a atriz Susana Vieira que, na verdade, possui o nome de Sônia Maria Vieira Gonçalves, Sílvio Santos que tem como nome civil Senhor Abravanel e Xororó, que tem nome civil de Durval Lima, entre tantos outros famosos não só brasileiros, mas também de diversos países do mundo.

Importante destacar que o pseudônimo é protegido pelo Código Civil brasileiro de 2002, em seu artigo 19, que diz: “O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome”. Assim, tem-se neste nome social também um direito de personalidade a ser assegurado aos indivíduos. Todavia, se faz importante destacar que para se adquirir direito a um pseudônimo se faz necessária a sua notoriedade, de forma que se tenha formado uma personalidade a partir dele e a pessoa não seja reconhecida publicamente por seu nome civil.

Dessa forma, o uso do nome social é feito constantemente em sociedade, sendo necessário seu reconhecimento pela comunidade, podendo ser considerado também como um direito de personalidade, visto que muitas vezes o indivíduo é mais reconhecido pelo seu apelido ou pelo seu pseudônimo que pelo seu próprio nome civil. Destaca-se, ainda, o uso do nome vocatório, que se acordo com Pereira (2008, p. 1):

O nome vocatório caracteriza-se por ser aquele pelo qual o indivíduo é comumente conhecido. Pode ser escolhido pela própria pessoa ou por terceiros, sendo certo que o sujeito poderá insurgir-se contra esse nome quando utilizado de forma indevida ou ofensiva. Como exemplo podemos citar o mestre “Venosa”, assim conhecido, tendo como nome Sílvio de Salvo Venosa, ou ainda “Bilac”, verdadeiramente Olavo Bilac.

Resta o entendimento que o nome vocatório é o nome pelo qual a pessoa é conhecida em sua comunidade, o seu nome social. Devendo-se destacar novamente ser um direito de personalidade, visto ser capaz de identificar o indivíduo perante a sociedade, o individualizando, porém, seu uso não substitui o uso do nome civil, que deve ser considerado juridicamente.

Nesse contexto, verifica-se que o indivíduo possui o nome como um direito de personalidade, sendo o nome civil irrenunciável e definitivo, protegido pelo Código Civil brasileiro, podendo se valer também do uso do nome social para situações informais da vida em sociedade, destacando-se a proteção dos pseudônimos também como direito de personalidade. Atualmente, as discussões em torno do uso do nome social tem sido mais voltadas para transgêneros, por sentirem-se mais à vontade com o uso do nome feminino ou masculino, dependendo do caso, para que possa melhor entender sobre o assunto, faz-se um estudo sobre o processo de construção da identidade de gênero no próximo capítulo,

visando-se entender seu contexto social, psicológico e biológico para, posteriormente, entender sobre a posição doutrinária no uso do nome social por esses indivíduos.

A mudança de gênero é uma das hipóteses previstas em lei para alteração do nome civil, visto prejudicar a vida social do indivíduo que se reconhece como de outro gênero e precisa usar o nome civil contrário. Um dos problemas para que esse direito seja aplicado de forma efetiva é a ausência de uma legislação no Brasil voltada para a proteção do indivíduo transexual, como detentor do direito de personalidade.

De acordo com Venosa (2016, p. 48) é fundamental que o nome reflita “o âmago da personalidade individual, condizer com seu estado pessoal e social, bem como deve estar consorte com o seu psiquismo, sua honra, imagem pessoal e social, não podendo ser ridículo ou vexatório”. Dessa forma, a alteração do nome civil pela mudança de gênero traz respaldo nos próprios direitos humanos, considerando-se o direito de personalidade e da dignidade da pessoa humana. Para que se tenha uma noção mais clara da alteração do número por pessoas transgêneros, demonstra-se a jurisprudência a seguir:

Registro Civil. Transexualidade. Prenome. Alteração. Possibilidade. Apelido Público e Notório. O fato de o recorrente ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano sexual, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constitui prenome feminino, justifica a pretensão já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. Diante das condições peculiares, o nome de registro está em descompasso com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário a situação vexatória ou de ridículo. Ademais, tratando-se de um apelido público e notório justificada está a alteração. Inteligência dos arts. 56 e 58 da Lei n. 6.015/73 e da Lei n. 9.708/98. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC n. 0039490470000585836 Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Publicado no DOU de 31 de mai. 2000).

Conforme se verifica foi dado provimento à alteração do nome a um indivíduo transexual, porém, não foi considerado o seu direito à identidade de gênero, mas sim a hipótese de uso de apelido público e notório, já que o indivíduo vivia como mulher em sociedade, adotando nome social para tanto, estando o nome civil em descompasso com a identidade social vivida por ele, justificando-se, ainda, pela possibilidade de exposição do indivíduo à situação vexatória. Outra jurisprudência que demonstra a opinião favorável dos juízes em relação à alteração do nome civil por indivíduos transgêneros é apresentada a seguir:

EMENTA: REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. PRENOME E SEXO. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. AVERBAÇÃO À MARGEM. 1. O fato da pessoa ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano social, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constitui prenome feminino, justifica a pretensão, já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. 2. Diante das condições peculiares da pessoa, o seu nome de registro está em descompasso com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário a situação vexatória ou de ridículo, o que justifica plenamente a alteração.

Novamente se verifica na jurisprudência o entendimento do juiz de que no caso peculiar ao transexual a mudança do nome civil se justifica por não ser condizente à sua identidade social, podendo o expor ao ridículo ou a situações vexatórias, lesando seu direito de personalidade e a dignidade da pessoa humana. Dias (2006, p. 119) fala sobre a sensibilidade de alguns juízes para conceder a alteração do nome e critica aqueles que ainda não fazem, afirmando que:

De forma absolutamente injustificável, há decisões judiciais que ainda insistem em rejeitar o pedido de alteração. A motivação nem ao menos encobre o preconceito. É alegado que o Direito consagra o princípio da imutabilidade relativa do nome, não chancelando qualquer pretensão do transgênero à mudança. Porém a Lei de Registros Públicos diz que o prenome pode ser modificado quando expuser ao ridículo seu portador [...]. Outra objeção para negar a mudança decorre da vedação de vindicar estados contrários ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro. Como o registro foi levado a efeito consignando corretamente o sexo aparente, a alteração não configura qualquer erro, o que leva ao indeferimento do pedido de retificação e etc.

Dessa forma, é do entendimento da autora que a alteração do nome civil de indivíduos transgêneros é plenamente justificável e, apesar de não haver legislação específica voltada para o assunto, é possível o uso de hipóteses previstas em lei que por si já justificam essa alteração, já se tem o uso de apelido ou pseudônimo prolongado, bem como a possibilidade de exposição do indivíduo a situações ridículas ou vexatórias. No caso de indivíduo que já se submeteu à mudança de sexo verifica-se a alteração não só de seu nome, mas também de a mudança de gênero no seu registro, conforme demonstra a jurisprudência a seguir:

REGISTRO CIVIL. Transexual que se submeteu a cirurgia de mudança de sexo, postulando retificação de seu assentamento de nascimento (prenome e sexo). Adequação do registro à aparência do registrando que se impõe. Correção que evitará repetição dos inúmeros constrangimentos suportados pelo recorrente, além de contribuir para superar a perplexidade do meio social causado pelo registro atual. Precedentes do TJ/RJ. Inexistência de insegurança jurídica, pois o apelante manterá o mesmo número do CPF. Recurso provido para determinar a alteração do prenome do autor, bem com a retificação para o sexo feminino. (TJ/SP AC 2005.001.17926, 18ª. C.C, Des. Nascimento Povoas Vaz, Julg.. 22/11/05).

A jurisprudência demonstra o entendimento do juiz de que com a mudança de sexo não mais é cabível o uso de sexo masculino em seus documentos, evitando a ocorrência de constrangimentos ao apresentar seus documentos e o estes não coincidirem com a identidade social vista, destacando-se a inexistência se prejuízos à segurança jurídica já que o número do CPF do indivíduo será mantido.

Nesse contexto, é possível verificar que mesmo com divergências no posicionamento jurídico brasileiro acerca da alteração do nome em decorrência da identidade de gênero, a doutrina está sensível aos casos, adotando um posicionamento favorável à alteração do nome civil de indivíduos transgêneros, acontece que é necessário autorização e processo

judicial para se alcançar esse objetivo, considerando-se a morosidade da justiça brasileira, leva tempo para conseguirem, portanto, passam um longo período vivendo em sociedade tendo que enfrentar as situações vexatórias, encontrando-se como alternativa o uso do nome civil.

4 | PERSPECTIVAS DO BIODIREITO E O REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS

O nome civil consiste em um direito de todo e qualquer cidadão, é a partir dele que ele é identificado em sociedade, o caracterizando e sendo de uso obrigatório no Ordenamento Jurídico brasileiro, conforme destaca Plácido e Silva (2003, p. 245), o nome consiste em: “o sinal de identidade, instituído pela sociedade, no interesse comum, a ser adotado obrigatoriamente pela pessoa”. Dessa forma, tem-se no nome o meio principal de identificação do indivíduo na sociedade.

Assim, ao nascer o indivíduo passa a existir para a sociedade a partir do momento em que é registrado civilmente, sendo o nome constante nesse registro civil que prevalece juridicamente. O uso de qualquer outro nome que não seja o registrado em certidão de nascimento não possui validade. Sobre o assunto, disserta Miranda (2000, p. 97):

A imposição do prenome (*impositio nominis*) só se opera com o registro do nascimento. Quaisquer outros prenomes, que se tenha usado, ou em participações de nascimento, ou matrículas em escolas, ou passaportes, ou (irregulares) carteiras de identidade, não entram no mundo jurídico e nenhuma eficácia têm.

É possível dizer, assim, que o uso do nome civil é o atributo mais visível de um indivíduo como cidadão, caracterizando a sua individualidade, sendo possível identificar, inclusive, a que família pertence. No que diz respeito à composição do nome civil, Amorim (2010, p. 9) cita: “prenome, nome de família, sobrenome, agnome, partícula e junção, nome vocatório, apelido e alcunha, hipocrístico, pseudônimo e heterônimo, títulos nobiliárquicos e heterônimos”. Sendo o prenome aquele escolhido pelos pais por livre e espontânea vontade e o sobrenome obrigatoriamente formado pela junção dos sobrenomes dos pais.

Com base no Código Civil de 2002, mais precisamente em seu artigo 16, afirma-se que o nome é composto por prenome e sobrenome, sendo o primeiro que individualiza a pessoa e o segundo indica sua procedência familiar, sendo seu uso obrigatório. Sobre o uso do nome civil Bittar (2015, p. 130) destaca que: “o nome civil deve ser registrado, para efeito de publicidade e de proteção, em mecanismo estatal próprio”. Assim, verifica-se o uso do nome civil como algo intransferível e obrigatório, tendo como objetivo a individualização, necessário ao direito de publicidade e proteção.

Brandelli (2012) destaca que o nome civil se configura como um interesse privado de identificação, necessário para questões de segurança jurídica e social. Venosa (2016)

complementa afirmando que o nome é o meio pelo qual a pessoa é conhecida em sua família e em sua comunidade, sendo a expressão mais forte de sua personalidade.

No que diz respeito à natureza jurídica do nome, destaca-se a existência de quatro teorias: teoria do nome como propriedade; teoria negativista; teoria do Estado; e teoria do nome como direito de personalidade. A teoria do nome como propriedade, de acordo com Amorim (2010), trata-se da mais antiga, considerando que o nome se configura como um direito patrimonial, tendo o portador e sua família como titular de direito. Todavia, essa teoria não é bem aceita no Ordenamento Jurídico brasileiro, visto que o nome não pode ser considerado como uma propriedade, visto ser o nome inalienável e extrapatrimonial.

Quanto à natureza jurídica do nome pela teoria negativista tem-se sua negativa como merecedora de proteção jurídica, defendida por Savigny e Ihering e por Clóvis Beviláqua, a teoria considera que o nome não possui características de direito. Por sua vez, a teoria do Estado considera o nome como um sinal distintivo e exterior do estado da pessoa, ou seja, apenas como uma forma de identificação do cidadão perante o Estado (GOMES, 2008). Destaca-se que essas duas teorias também não são aceitas pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, considerando que o nome é tido no país como um direito de personalidade, prevalecendo, portanto, a teoria do nome como direito de personalidade.

A regra geral quando se fala em nome civil é que este é imutável, definitivo, não podendo sofrer alterações, porém, em alguns casos a alteração do nome civil passou a ser necessária, sendo preciso que o princípio da imutabilidade fosse flexionado. Rosenvald (2007) elucida que a flexibilidade do princípio da imutabilidade do nome civil ocorre em casos excepcionais como a exposição do titular ao ridículo ou à situação vexatória, erros gráficos, inclusão de apelido notório, para tradução caso tenha sido grafado em língua estrangeira, enfim, casos que de alguma forma prejudiquem ao indivíduo.

Gagliano (2006), por sua vez, destaca que não é qualquer melindre ou capricho que vai autorizar a mudança do nome civil perante a justiça, considerando ser ele um importante sinal da identidade do ser humano. Faz-se necessário um motivo justo, considerando as razões íntimas e psicológicas de cada indivíduo, devendo o juiz se basear na boa fé para tomar suas decisões. Sobre o assunto menciona Nogueira (1994, p. 87):

A fundamentação de que o julgador não deve se entregar ao seu conceito pessoal, mas sim ao exame das razões íntimas e psicológicas do portador do nome, que pode levar uma vida atormentada, abre realmente perspectivas para uma corrente liberal na alteração de prenomes, apesar da regra de sua imutabilidade.

Entende-se, portanto, que a flexibilidade do princípio da imutabilidade do nome civil apesar de ter hipóteses já preditas, pode considerar casos peculiares, desde que as razões íntimas e psicológicas do indivíduo se mostrem cabíveis. O Quadro 1 apresenta situações legais previstas para mudança e alteração do nome, destacando-se que inúmeras são as encontradas na literatura, contudo, listou-se as que mais são mencionadas pelos autores:

Erro gráfico evidente	Nesse caso tem-se a retificação do nome por erro ortográfico, podendo ser feita a qualquer tempo no próprio cartório, mediante rito sumaríssimo, de acordo com o artigo 110 da Lei dos Registros Públicos.
No primeiro ano após a maioridade	A lei permite a alteração do prenome no primeiro ano após a maioridade sem a necessidade de qualquer justificativa, desde que o sobrenome não sofra alterações, conforme artigo 56 da Lei de Registros Públicos.
Nomes vergonhosos e ridículos	Um dos motivos mais procurados para alteração do nome, permite que o indivíduo que por seu nome passe por grandes constrangimentos, estando essa hipótese prevista no artigo 55, parágrafo único da Lei de Registros Públicos.
Uso de apelido notório	Caso o indivíduo tenha um apelido pelo qual é mais conhecido que por seu nome civil, um pseudônimo, para tanto, se faz necessário que o indivíduo apresente três testemunhas comprovando o uso prolongado de apelido ou pseudônimo.
Inclusão de apelido ou alcunha	Semelhante ao caso do “uso de apelido notório”, porém o invés de alteração este é apenas incluído, também se faz necessário que seja notório e de uso prolongado, seguindo o mesmo critério de tal.
Homonímia	Quando o fato de ter um homônimo (uma pessoa com prenome e sobrenome exatamente igual a outra) estiver prejudicando a vida do indivíduo.
Tradução	Caso o indivíduo tenha seu nome civil grafado em língua estrangeira por a qualquer tempo pedir a alteração para o nome traduzido.
Vítimas e testemunhas	A lei admite a alteração do nome, quando vítimas ou testemunhas estiverem sob ameaça, com o objetivo de proteção.
Mudança de sexo	Poderá o interessado a qualquer tempo requerer a alteração do nome. Essa alteração, porém, só será permitida para o prenome, isto é, não é possível a alteração do sobrenome.

Quadro 1. Hipóteses de alteração do nome civil

Fonte: Galvão (2009).

Neste estudo tem-se como foco a alteração do nome civil por mudança de sexo, considerando que o alvo do trabalho são pessoas transgêneros, visando-se apresentar o posicionamento da legislação brasileira tanto a respeito da alteração do nome civil por indivíduos que fazem a mudança de gênero, quanto o uso do nome social para aqueles que ainda não conseguiram efetivar a mudança.

5 I PROVIMENTOS E RESOLUÇÕES NO RECONHECIMENTO AO NOME SOCIAL DE PESSOAS TRANS: REFLEXOS REGISTRAS

Os provimentos e resoluções em prol do reconhecimento da identidade de gênero de pessoas transexuais e transgêneros têm demonstrado que a questão tem ganhado

maturidade social, política e jurídica no Brasil, destacando-se a importância do uso do nome social nesse processo. De acordo com Souza e Marchetti Filho (2020), o Estado do Rio Grande do Sul foi o primeiro a instituir o direito ao uso do nome social por pessoas trans, por meio do Decreto n. 48.118 de 2011, o qual somente recebeu eficácia a partir da publicação do Decreto n. 49.112 de 2012, que instituiu a criação e utilização de uma Carteira de Nome Social.

Os referidos Decretos do Estado do Rio Grande do Sul são considerados como marcos no reconhecimento dos direitos desse público, tanto que, em novembro de 2014, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o status de Repercussão Geral do Recurso Extraordinário n. 670.422/RS por maioria dos votos, com a alteração do gênero no registro civil de pessoas trans passando a ser permitida, independente de realização da cirurgia de redesignação, em âmbito nacional.

Todavia, a decisão do STF não foi suficiente para garantir o direito ao uso do nome social, visto que ainda havia uma significativa burocracia para que fosse possível essa inclusão, sendo necessário, inclusive, entrar com ação judicial. Com isso, a mudança somente veio de fato com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.275/DF em 2018, com o interessado podendo ir diretamente ao cartório para efetuar a mudança, bastando uma autodeclaração. Tem-se aqui o reflexo registral nesse âmbito, com os cartórios precisando adaptar-se para receber as mudanças de nomes, com o critério da autodeclaração como premissa.

A ADI n. 4.275 foi regulamentada pelo Provimento n. 73 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 28 de junho de 2018, que dispôs sobre “a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN)”. A partir deste provimento, todos os escritórios de Registro Civil das Pessoas Naturais passaram a ser obrigados a acatar as solicitações de nome e gênero de pessoas trans, sendo responsável por desburocratizar e desjudicializar esse processo. Importante mencionar que o responsável pelo Registro Civil de Pessoas Naturais pode recusar a solicitação caso suspeite de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade ou simulação, ou outra hipótese, devendo, nesse caso, encaminhar o pedido ao juiz corregedor permanente.

Os esforços em relação ao uso do nome social como forma de reconhecimento dos direitos das pessoas trans seguiram, verificando-se ainda no ano de 2018 a Resolução n. 270, que dispôs sobre o uso do nome social por essas pessoas que fossem usuárias dos serviços judiciários, membros, servidores, estagiários e trabalhadores terceirizados dos tribunais brasileiros, o intuito foi de dar tratamento isonômico a público em questão. Além desta, cita-se mais recente Resolução do CNJ relacionada ao assunto, a Resolução n. 348/2020 que garantiu, em seu artigo 6º, o direito ao uso do nome social pela população trans submetidas à persecução penal, fundamentando-se na Resolução n. 270 do CNJ.

Diante do exposto verifica-se que muitos foram os avanços na busca por garantia

do uso do nome social pelas pessoas trans, com reflexos registrais na desburocratização e desjudicialização desse processo desde o ano de 2018, como premissa ao direito da dignidade da pessoa humana desses cidadãos.

6 | CONCLUSÃO

O nome civil foi demonstrado como um direito de personalidade do indivíduo, envolvendo a dignidade da pessoa humana, regido pelo Código Civil e pela Lei dos Registros Públicos. O princípio da dignidade da pessoa humana diz respeito à pessoa concreta, e não abstratamente considerada. A noção de dignidade humana como tutela geral da personalidade tem implicações no que tange a proteção da integridade física, moral e psíquica do ser humano, vinculando o intérprete e o operador do direito no momento da concretização da norma para torná-la realmente efetiva. Trata-se de um instituto regido pelo princípio da imutabilidade, não sendo possível sua mudança, tendo em vista a segurança jurídica, bem como ao interesse social, estando no mesmo patamar do estado, da capacidade civil e dos demais direitos do cidadão.

A justiça brasileira tem se mostrado bastante sensível aos casos de indivíduos transgêneros e transexuais, acatando a mudança do nome civil daqueles que informam sofrer constrangimentos ao utilizarem seus nomes civis no meio social, tanto após a mudança de sexo, quanto antes dessas, sendo possível verificar na jurisprudência os muitos casos em que foi considerada esta mudança.

Ao final do estudo verifica-se que o Biodireito tem refletido diretamente nas questões registrais, dada as rápidas transformações desse setor que fazem com que o Ordenamento Jurídico não consiga acompanhá-las na mesma velocidade, com isso a questão transexual e transgênero tem refletido diretamente nas questões registrais, verificando-se esforços da legislação e jurisprudência brasileira para uma melhor resolução dos casos que envolvem o assunto, com principais reflexos registrais verificados a partir de 2018, com o Provimento n. 73, quando todos os Ofícios de Registro Civil das Pessoas Naturais passaram a ser obrigados a acatar as solicitações de nome e gênero de pessoas trans, sendo responsável por desburocratizar e desjudicializar esse processo.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Jose Roberto Neves. **Direito ao nome da pessoa física**. São Paulo: Saraiva. 2010.

BARBOSA, Heloisa Helena. **Princípios do Biodireito**. Novos temas de Biodireito e bioética. RJ: Renovar, 2003.

BARCHFONTAINE, Christian de Paul de. **Bioética e início da vida**: Alguns desafios. SP. Ideias e letras. Centro Universitário. 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

BRANDELLI, Leonardo. **Nome Civil da pessoa natural**. Saraiva. São Paulo: 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: jul.2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n. 73**, de 28 de junho de 2018. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 29 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275**. Relator Ministro Luiz Edson Fachin, 1 mar. 2018. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 29 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 670.422**. Relator Ministro Dias Toffoli, 11 set. 2014. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 30 set. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 348**, de 13 de outubro de 2020. Estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 13 out. 2020.

CAMARGO, Mateus Travioli. O princípio da imutabilidade do nome civil e sua flexibilização na sociedade contemporânea. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 10, n. 10, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FIUZA, César. **Direito civil**: Curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

FOREMAN, Madeleine et al. Genetic link between gender dysphoria and sex hormone signaling. **The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism**, v. 104, n. 2, p. 390-396, 2019.

FRANÇA, R. Limongi. **Do Nome Civil das Pessoas Naturais**. 3. ed. São Paulo: RT, 1975.

HARE, Lauren et al. Androgen receptor repeat length polymorphism associated with male-to-female transsexualism. **Biological psychiatry**, v. 65, n. 1, p. 93-96, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: Parte Especial. Rio de Janeiro: Bookseller, 2000.

MOREIRA, Renato Oiticica. **Retificação de Registro Civil e o Direito à Identidade**. Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação. Rio de Janeiro, 2011.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Questões cíveis controvertidas: a justiça em conflito**. Sugestões Literárias, 1978.

PELUSO, Cezar. **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Barueri: Manole, 2016.

PEREIRA, Rafael D'Ávila Barros. **Nome civil**: características e possibilidades de alteração. 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9985-9984-1-PB.pdf>>. Acesso em: jun.2021.

RIO GRANDE DO SUL. **Decreto n. 48.118**, de 27 de junho de 2011. Dispõe sobre o tratamento nominal, inclusão e uso do nome social de travestis e transexuais nos registros estaduais relativos a serviços públicos prestados no âmbito do Poder Executivo Estadual e dá providências. Diário Oficial [do] Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 28 jun. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. **Decreto n. 49.112**, de maio de 2012. Institui a Carteira de Nome Social para Travestis e Transexuais no Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Diário Oficial [do] Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 17 mai. 2012.

SILVA, Reinaldo Pereira. **Introdução ao biodireito**: investigação político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTR, 2003.

SOUZA, Katharine Pederiva; MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira. A alteração do registro civil e o confronto com o direito a identidade sexual dos transexuais. **Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, v. 23, n. 1, 2020.

A TUTELA DA UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Data de aceite: 01/11/2021

Data de submissão: 17/09/2021

Meire Cristina Queiroz Sato

Centro Universitário Católico Salesiano
Auxilium
Lins-SP
<http://lattes.cnpq.br/0276806023158121>

Alessandro Paulo Junior

Graduando em Direito - Centro Universitário
Católico Salesiano Auxilium
Lins-SP
<http://lattes.cnpq.br/9082662289029935>

RESUMO: A Constituição da República Federativa do Brasil representa um modelo de estrutura jurídica de um Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, o Texto Constitucional reconheceu a família enquanto base da sociedade, protegendo o casamento e a união estável que, por consequência, são institutos que foram disciplinados no Código Civil. Ademais, consagrou a tutela do princípio da boa-fé enquanto diretriz do Direito Civil. No entanto, o atual contexto social denota a ocorrência de relações paralelas de afeto que não encontram respaldo em um entendimento jurídico consolidado, tendo em vista a ausência de previsão legal expressa e por encontrar-se fora da concepção de família monogâmica, estrutura defendida no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Desse modo, o presente projeto tem por objetivo analisar, por meio de pesquisa

bibliográfica e do método dedutivo, o fenômeno das uniões simultâneas constituídas por boa-fé de um dos conviventes e verificar a possibilidade de reconhecê-las como uniões estáveis putativas, através da analogia da regra descrita no art. 1.541 do Código Civil, que reconhece ao cônjuge de boa-fé a validade dos efeitos do casamento sujeito à anulação ou nulidade, bem como contribuir no desenvolvimento de uma concepção jurídica a respeito da respectiva tutela a ser aplicada. Como resultado preliminar, entende-se que, diante da boa-fé de um dos companheiros que, enganado pelo outro, acreditava estar diante de um relacionamento legítimo configurado pela união estável, é possível reconhecer e atribuir, por analogia do casamento, à união estável putativa todos os efeitos de uma união estável válida, não só em relação aos companheiros, mas também com relação aos filhos destes, até a data da sentença que declarar a anulação ou a nulidade da união, em respeito ao princípio da confiança e da boa-fé do companheiro inocente.

PALAVRAS-CHAVE: FAMÍLIA. UNIÃO SIMULTÂNEA. UNIÃO ESTÁVEL. EFEITOS DA PUTATIVIDADE. BOA-FÉ.

THE PROTECTION OF PUTATIVE STABLE UNION IN THE BRAZILIAN LAW

ABSTRACT: The Constitution of the Federative Republic of Brazil represents a model of the legal structure of a Democratic Rule of Law. In this perspective, the Constitutional Text recognized the family as the basis of society, protecting marriage and stable unions, which, consequently, are institutes that were disciplined in the Civil Code. Furthermore, it established the protection

of the principle of good faith as a guideline of Civil Law. However, the current social context denotes the occurrence of parallel relationships of affection that are not supported by a consolidated legal understanding, given the absence of an express legal provision and for being outside the concept of monogamous family, a structure defended in the Ordinance Brazilian Legal Thus, this project aims to analyze, through bibliographical research and the deductive method, the phenomenon of simultaneous unions constituted by the good faith of one of the cohabitants and to verify the possibility of recognizing them as putative stable unions, through analogy of the rule described in art. 1.541 of the Civil Code, which recognizes to the spouse in good faith the validity of the effects of the marriage subject to annulment or nullity, as well as contributing to the development of a legal concept regarding the respective protection to be applied. As a preliminary result, it is understood that, given the good faith of one of the partners who, deceived by the other, believed that they were facing a legitimate relationship configured by the stable union, it is possible to recognize and attribute, by analogy to marriage, to the stable union putative all the effects of a valid stable union, not only in relation to the partners, but also in relation to their children, until the date of the sentence declaring the annulment or nullity of the union, in respect of the principle of trust and good-faith of the innocent fellow.

KEYWORDS: FAMILY. SIMULTANEOUS UNION. STABLE UNION. EFFECTS OF PUTATIVITY. GOOD FAITH.

1 | INTRODUÇÃO

O Ordenamento Jurídico Brasileiro realça, em nível constitucional, a família enquanto sendo uma instituição fundamental. Nessa perspectiva, ela é tida como base estrutural da sociedade e possui uma proteção especial por parte do Estado. (LENZA, 2012).

Por isso, a Constituição da República Federativa do Brasil reconhece o casamento e a união estável como institutos jurídicos a serem tutelados e disciplinados na ordem civil. Essa proteção não só abrange aspectos patrimoniais, como também morais e personalíssimos. (GONÇALVES, 2017; LENZA, 2012).

Entretanto, diante da complexidade dialética das relações sociais, surge no quadro social contemporâneo o fenômeno das uniões estáveis putativas. Nesse sentido, não há uma previsão expressa na legislação brasileira a respeito do tratamento jurídico a ser apresentado nesses casos, cabendo aos operadores do direito, diante da Principiologia Constitucional, e demais fontes jurídicas, desenvolver um entendimento acerca da temática. (GAGLIANO, 2008).

As famílias paralelas ou simultâneas não são criação recente da sociedade e trata-se de fenômeno antigo no Direito de Família que sempre teve seu reconhecimento e seus direitos negados pelo Poder Judiciário e pela Sociedade, sobretudo, em razão da estrutura monogâmica adotada na família brasileira. Trata-se não só de relacionamentos amorosos escusos e clandestinos, ou de meras sociedades de fato, como por anos tem-se tentado pregar, mas sim de uma concreta entidade familiar, por estar fundamentada na boa fé, devendo, desta forma, receber toda a proteção e respeito do Estado. (GONÇALVES, 2017;

LENZA, 2012; REALE 2001).

Assim, o presente trabalho científico utiliza de pesquisa bibliográfica e do método dedutivo, perpassando argumentos lógicos a fim de produzir uma conclusão geral a ser aplicada em casos específicos. Por conseguinte, o presente projeto pretende analisar a proteção jurídica a ser aplicada nas uniões estáveis putativas diante das fontes jurídicas existentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro, destacando-se a analogia da regra descrita no art. 1.541 do Código Civil, que reconhece ao cônjuge de boa-fé a validade dos efeitos do casamento sujeito à anulação ou nulidade.

Dessa forma, busca-se estudar a questão das famílias simultâneas constituídas de boa-fé, com o fim de lhes reconhecer todos os direitos que são atribuídos atualmente à união estável, fazendo-se, para tanto, analogia ao casamento putativo, objetivando desta forma, a proteção da família, a honra e a dignidade da pessoa humana. Faz-se, portanto, alguns apontamentos sobre a união estável, a boa-fé objetiva no Direito de Família, o instituto da putatividade, e as famílias paralelas ou simultâneas.

Por fim, serão analisados e traçados meios que possam servir de base para a possibilidade do reconhecimento destas uniões, demonstrando por que tais famílias merecem a proteção do Estado. O princípio da boa-fé será o norteador da pesquisa, assim como a busca por analogia do casamento putativo para melhor elucidar o direito da união estável putativa, analisados em defesa dos direitos da personalidade e da dignidade humana da pessoa que estabeleceu um projeto de vida pensando viver a entidade familiar da união estável, tendo direito de ser protegida com fundamento no Princípio da Dignidade humana.

Para isso, buscará no primeiro capítulo traçar a evolução do conceito de família tendo como base o estudo dos princípios constitucionais aplicados ao Direito de Família, destacando-se a pluralidade familiar decorrente da autonomia privada. O segundo capítulo se encarrega de traçar um paralelo entre as uniões concubinárias e paralelas, até o patamar da união estável, estabelecida como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988. No capítulo terceiro, o derradeiro, se incube de verificar a possibilidade de se reconhecer juridicamente os efeitos da união estável putativa, tendo como base a análise da boa-fé objetiva como requisito dos efeitos da putatividade e a analogia do art. 1.561 do Código Civil como tutela da união estável putativa.

2 | FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

A família é a célula básica de toda e qualquer sociedade, desde as mais primitivas. Nesse sentido, a família deve ser protegida pelo Direito. Uma das formas de proteção se dá pelo Direito de Família, que compreende o conjunto de normas jurídicas que se dedicam a apreciar o casamento, a união estável, as relações de parentesco e os institutos de direito protetivo. (GONÇALVES, 2017; LENZA, 2012).

Diante desse fato, foi desejável ao Legislador Constituinte o reconhecimento da família enquanto bem jurídico fundamental no texto da Constituição Federal de 1988. Diz o *caput* do art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Desse modo, verifica-se a legitimação constitucional do Direito de Família.

No mais, diante da realidade jurídica brasileira contemporânea é indispensável o reconhecimento de um Direito de Família Constitucionalizado, de modo com que suas diretrizes jurídicas devem estar em consonância com as vertentes da Constituição. Por isso, o elemento básico de delineamento jurídico do Direito de Família na atualidade é a afetividade, a saber um bem jurídico fundamental.

Diante disso, é perceptível que esse contexto jurídico é um produto das novas relações familiares, tendo em vista a mudança no conceito e na estrutura da família brasileira

2.1 Principiologia constitucional

O Constitucionalismo importa em um movimento jurídico-social de caráter histórico e responsável pela consolidação de Direitos Fundamentais nos textos constitucionais, ou seja, tem-se o reconhecimento de valores humanísticos pelo Estado. (BARRROSO, 2019; LENZA, 2012).

Dessa forma, uma das conquistas do Constitucionalismo foi a intervenção social por parte do Estado, isto é, o estabelecimento de uma série de ações afirmativas que importam na diminuição das desigualdades sociais. São os denominados Direitos Fundamentais de 2ª Dimensão. (LENZA, 2012).

O Neoconstitucionalismo, por sua vez, enquanto movimento moderno, tem por escopo a luta pela efetividade no plano concreto das normas constitucionais. Sendo assim, o Estado passa a atuar por meio de prestações materiais positivas, visando proporcionar efetividade aos direitos reconhecidos na ordem jurídica. (LENZA, 2012; MORAES, 2014).

Dessa forma, a Constituição passa a ser concebida enquanto um documento valorativo que incorpora em sua estrutura os ideais comuns homogêneos de uma sociedade. Ademais, ressalta-se que a prevalência da acepção de um Estado Constitucional e Social de Direito pautado por Princípios Jurídicos.

Princípios são normas jurídicas de otimização. Assim, representam um conjunto de padrões de conduta presentes de forma explícita ou implícita em um dado ordenamento jurídico. A Constituição Federal de 1988 traz vários Princípios associados ao Direito de Família, no entanto, para este trabalho ressalta-se o predomínio de três Princípios abaixo dissertados. (GONÇALVES, 2017; LENZA, 2012; MORAES, 2014).

O Princípio do Livre Planejamento Familiar, que proporciona aos cidadãos e não só ao casal, o planejamento familiar com liberdade, não podendo o Estado, nem a sociedade estabelecer limites ou condições para o seu exercício dentro do âmbito da autonomia privada do indivíduo. (GONÇALVES, 2017; TARTUCE, 2014).

Diante desse contexto de liberdade, é perceptível o reconhecimento por parte do Legislador Constituinte da autodeterminação dos cônjuges na construção de seu ambiente familiar. Tal acepção representa um avanço no delineamento das diretrizes do direito civil, que por muito tempo foram tecidas com base em ideais antidemocráticos.

O Princípio da Igualdade Jurídica pressupõe a não diferenciação entre os integrantes de uma família, rompendo assim com um ciclo jurídico vicioso que estabelecia uma estrutura hierárquica nas famílias. Sendo assim, não envolve tão somente uma igualdade formal, mas sim uma não diferenciação de natureza material entre os cônjuges, descendentes, ascendentes e demais integrantes. (TARTUCE, 2014).

Nesse sentido, denota-se a superação no ordenamento jurídico brasileiro de um dilema irracional que foi cultuado historicamente, isto é, a ideia de que o cônjuge do sexo masculino seria superior ao do sexo feminino.

O Princípio da Afetividade traz a percepção de que a família é um núcleo privado dotado de afetividade. Por isso, o afeto é um elemento imperioso na estruturação da família. O afeto trata-se, então, do aspecto moral do indivíduo em suas relações familiares e sociais, servindo de diretrizes na busca pela felicidade. Portanto, a desconsideração desse valor, a sua não adequada tutela jurídica e o desprezo aos Princípios anteriormente expostos, se traduzem no menosprezo as intenções do Legislador Constituinte Originário e a condição de Ser Humano. (GONÇALVES, 2017; LENZA, 2012; MORAES, 2014).

2.2 Pluralidade familiar e a autonomia na constituição de novas concepções de família

O relacionamento entre um casal, sem a formalização do casamento e de forma duradoura foi denominado no decorrer da história de concubinato. Assim, compreendia o conceito de vida prolongada sob o mesmo local com a aparência de um casamento. (GONÇALVES, 2017; TARTUCE, 2014). Esse tipo de união se diferia do casamento, haja vista a não obrigatoriedade de cumprir os deveres desse instituto.

A partir disso, o entendimento jurídico clássico manifestava-se pela não aplicação de indenização em caso de ruptura. (GONÇALVES, 2017). Evidencia-se que a não concessão da indenização no caso de ruptura se associava a um ambiente histórico e cultural marcado por ideais de dominação social.

Entretanto, a partir da visão humanística e dialética do Direito contemporâneo, essa situação se tornou insustentável, tendo sido a união estável reconhecida pela ordem constitucional e regulamentada pelo Código Civil de 2002. Isso se deve à proteção do afeto enquanto bem jurídico fundamental que permeia as relações do Direito de Família. (GONÇALVES, 2017; LENZA, 2012; REALE, 2001).

Diante das relações sociais contemporâneas, evidencia-se a ocorrência de constituições familiares paralelas, notadamente, de uniões estáveis paralelas. Com base nisso, tem-se a existência simultânea de duas uniões estáveis ou mais, o que normalmente

poderia proporcionar a percepção de infidelidade, todavia, não pode o Direito se negar a tutelar essas relações jurídicas caso haja observância da boa-fé por parte de um dos envolvidos.

3 I UNIÃO ESTÁVEL, CONCUBINATO E UNIÃO PARALELA

O Código Civil de 2002, amparado nas vertentes constitucionais, estabeleceu diretrizes para um Direito de Família moderno que reconhece a ocorrência de vários arranjos familiares. Dentre eles, destaca-se a união estável. O concubinato e a união paralela, todavia apresentam uma dificuldade maior em seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico. (GAGLIANO, 2008; GONÇALVES 2017; TARTUCE, 2014).

Este diploma legal, em seu art. 1.723, disciplina a união estável a reconhecendo enquanto entidade familiar. Nesse sentido, ela se consubstancia pela associação estável entre duas pessoas baseada em uma convivência pública, contínua e duradoura com o fim específico de constituição familiar. Ressalta-se que embora a letra da lei empregue a expressão “união estável entre homem e mulher”, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal amparada na principiologia constitucional ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu que a interpretação deste artigo deve se dar conforme a Constituição. Portanto, o aplicador do direito deve estender o conceito de união estável, inclusive para uniões homoafetivas. (GAGLIANO, 2008; GONÇALVES 2017; TARTUCE, 2014).

O concubinato, por sua vez, consiste, nos termos do art. 1.727 do Código Civil, na união não eventual entre duas pessoas que são impedidas de se casar e que não podem constituir união estável. Não se trata se uma entidade familiar, mas sim de uma Sociedade de Fato. (GAGLIANO, 2008; GONÇALVES 2017; TARTUCE, 2014).

Em último, ressalta-se a união paralela. Ela ocorre quando existe uma simultaneidade de relações afetivas. Dessa maneira, a pessoa se coloca enquanto componente de várias entidades familiares ao mesmo tempo, sendo que uma tem que preceder a outra. Embora, exista uma vertente minoritária crítica no Direito de Família que visa o reconhecimento desse tipo de união, prevalece atualmente, o entendimento de que o Princípio da Monogamia deve prevalecer, e que a tutela ocorrerá na presença do Princípio da boa-fé. (GAGLIANO, 2008; GONÇALVES 2017; TARTUCE, 2014).

3.1 Requisitos da união estável

A lei traz alguns requisitos para que uma associação afetiva possa se configurar enquanto união estável. Nos termos do art. 1.723 (BRASIL, 2002) do Código Civil: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição

de família”.

Como já foi mencionado anteriormente, a expressão “homem e mulher” é inconstitucional e a interpretação do artigo deve ser inclusiva, abrangendo assim a união entre pessoas, inclusive as do mesmo sexo.

O primeiro requisito é a publicidade do relacionamento. A convivência entre as pessoas deve ser pública, isto é, a sociedade ou o contexto social reconhecem aquele casal enquanto uma família. Em outras palavras, eles se apresentam enquanto família na sociedade. Relações casuais não configuram união estável. (TARTUCE, 2014).

O segundo é a continuidade da união entre essas pessoas, sem interrupção. Essa relação afetiva deve ser constante e estável para se legitimar a receber tutela jurídica. O terceiro, é a duração da relação. A união afetiva deve preencher um lapso temporal considerável, o que não significa a existência de prazo mínimo, certo que o preenchimento desse requisito se dará de acordo com o caso concreto. (GONÇALVES, 2017; TARTUCE, 2014).

O quarto e último requisito é o mais importante dentre eles. Trata-se de um elemento subjetivo, é o desejo dos conviventes de constituírem uma relação familiar. Sem a presença desse elemento, não é possível a configuração de uma união estável. (TARTUCE, 2014).

Por conseguinte, é possível observar que a Lei traz requisitos objetivos e subjetivos para a constituição de uma união estável.

3.1.1 Os impedimentos matrimoniais na união estável

Os impedimentos matrimoniais são condições negativas, de fato e de direito, que impossibilitam a ocorrência do casamento. Nesse sentido, existe a ausência de um dos requisitos para o casamento. (TARTUCE, 2014).

Esses impedimentos têm sua eficácia jurídica estendida à união estável. Dessa forma, não podem constituir união estável, nos termos da lei (BRASIL, 2002):

- a) Os ascendentes com os descendentes, independentemente da natureza do parentesco;
- b) Os afins em linha reta;
- c) O adotante com quem foi convivente do adotado e vice-versa;
- d) Os irmãos entre si;
- e) O adotado com o (a) filho (a) do adotante;
- f) As pessoas que já estejam casadas;
- g) O cônjuge sobrevivente com a pessoa que foi condenada por homicídio ou tentativa de homicídio em relação ao seu consorte.

3.2 A fidelidade como dever conjugal e a consolidação do afeto

A fidelidade significa a atribuição de cumprimento de uma relação que foi assumida. Nesse sentido, perpassa os conceitos de honestidade e lealdade.

A fidelidade é um conceito histórico, que tem origem no termo latim *fidelis*. Ademais, essa diretriz foi reconhecida no Ordenamento Jurídico brasileiro. Entretanto, é possível dizer que essa visão de fidelidade se amolda a um contexto social machista. Será mesmo que não existe fidelidade entre uniões paralelas assumidas pelos conviventes? (GAGLIANO, 2008; TARTUCE, 2014).

Nos termos do art. 1.724 do Código Civil (Brasil, 2002) as relações entre os companheiros deverão obedecer a deveres, a saber: a lealdade, o respeito, assistência, guarda e sustento dos filhos. Pode-se dizer que a fidelidade é um conceito implícito nos deveres estabelecidos no mencionado dispositivo legal. Entretanto, destaca-se que embora seja um conceito jurídico, ele deve se concatenar com as diretrizes sociais.

Sendo assim, o conceito mais importante para o Direito de Família moderno é o de afeto, isto é, o elemento subjetivo de afeição e carinho pelo próximo, notadamente, nas relações familiares.

Verifica-se assim que embora reconhecidos juridicamente, os conceitos de fidelidade e afeição são elementos majoritariamente sociais. Portanto, o Direito de Família não pode ignorar a atual dinâmica das relações familiares.

4 | POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO JURÍDICO DA UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA

Ante o exposto, busca-se neste capítulo averiguar a possibilidade jurídica de reconhecimento e, portanto, de legitimação da união estável putativa.

4.1 O que é casamento putativo?

A putatividade é uma expressão jurídica que possui relação direta com o conceito de imaginação, isto é, tem-se uma construção fictícia que em um determinado contexto aparenta ser verídica para um ou mais sujeitos. (BRASIL, 2002; TARTUCE, 2014).

Nesse sentido, o casamento putativo é uma modalidade de união imaginária, pautada necessariamente pela boa-fé. Dessa forma, não se trata de um casamento de mentira, mas sim algo que não é para o plano externo, entretanto essa união existe para um sujeito que se encontra de boa-fé. (BRASIL, 2002; TARTUCE, 2014).

4.2 A boa-fé objetiva como requisito para o reconhecimento dos efeitos da putatividade

O Código Civil, amparado na Princiologia Constitucional e no elevado grau de importância social da família, estabelece uma tutela jurídica para o casamento putativo em

seu art. 1.561. Diz o diploma legal:

Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

Verifica-se no *caput* da norma jurídica anteriormente mencionada, a proteção e o aproveitamento dos efeitos do casamento, ainda que anulável ou nulo, desde que seja contraído por meio da boa-fé objetiva.

Caso apenas um dos cônjuges possuir esse requisito, os efeitos jurídicos aproveitarão tão somente a ele e aos filhos se houver. Na hipótese, da ausência de boa-fé de ambos os contraentes a lei é clara no sentido de que a tutela jurídica recaia somente aos filhos.

Sendo assim, é perceptível que a boa-fé objetiva é um bem jurídico de elevada importância que é tutelado na formalização de um casamento, ainda que este seja nulo ou anulável.

4.3 As fontes do direito como fundamento dos efeitos jurídicos da união estável putativa: a possibilidade de analogia do art. 1.561

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942) prevê em seu art.4º que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Essa previsão está implicitamente relacionada com o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, isto é, não pode a apreciação judicial permitir que haja lesão ou ameaça a um direito tutelado. (LENZA, 2012; TARTUCE, 2014).

Nesse caso, destaca-se o emprego da analogia. Ela é um processo de transferência de uma informação de um caso para outro que apresente circunstâncias semelhantes. Ademais, constitui um método de integração da Lei, ou seja, uma norma feita para um caso concreto se aplica a outra pelas semelhanças relevantes e alcance de finalidade comum. (LENZA, 2012; TARTUCE, 2014).

Sendo assim, o método analógico constitui um instituto jurídico eficaz no que diz respeito as uniões estáveis putativas. A norma do Código Civil (BRASIL, 2002) que será integrada é a do art. 1.561 do Código Civil anteriormente mencionado.

Do artigo em tela, observa-se, gramaticalmente, uma tutela do Casamento Civil. No entanto, diante da Principiologia e da Analogia extrai-se que ele deve ser aplicado nas uniões estáveis putativas, sendo que havendo boa-fé por parte de um dos envolvidos, ainda que anulável ou nula a união estável, ocorrerá o aproveitamento dos efeitos civis a este e aos filhos. (GAGLIANO, 2008; MORAES, 2014).

Por conseguinte, o companheiro inocente nesse tipo de união estável, que não só

agiu de boa-fé, como também desconhecia a condição jurídica do outro envolvido, faz jus conforme o caso concreto à meação dos bens incorporados na constância dessa relação, isto é, a metade ideal do patrimônio comum do casal. Além disso, não há prejuízo para outras solicitações judiciais, como alimentos caso haja dependência financeira do companheiro. (GAGLIANO, 2008).

Por sua vez, se o seu parceiro vier a falecer na constância da união estável putativa, poderá também requisitar em matéria sucessória a herança do *de cujus*, em relação aos bens comuns, se concorrer com filhos próprios ou a toda a herança, se concorrer com outros parentes. (GAGLIANO, 2008).

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que a Dignidade da Pessoa Humana representa uma conquista fundamental para a humanidade na medida em que delinea toda a perspectiva, ordenação, interpretação e construção do Direito. Por esse ângulo, o Direito Civil brasileiro deve estar em consonância com os pressupostos constitucionais de natureza principiológica.

Não pode, portanto, o ordenamento jurídico permitir por intermédio de seus operadores que as uniões estáveis putativas não sejam tuteladas, afinal, isso representaria uma afronta as diretrizes estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário no desenvolvimento da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, caso haja a ocorrência de uma união estável putativa, esta deve ser apreciada em consonância com as exigências do bem comum, ainda que não haja uma previsão expressa específica sobre a matéria.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza jurídica, Conteúdos mínimos e Critérios de aplicação**. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 18 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 de março de 2019.

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei nº 10.406**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 de março de 2019.

BRASIL. Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (1942). **Decreto-Lei nº 4.657**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 08 de março de 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da (o) amante - na teoria e na prática (dos Tribunais)**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 15 julho. 2008. Acesso em: 08 de março de 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25 ed. 2001. Disponível em: <https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/40071/mod_resource/content/1/Livro%20Miguel%20Reale>. Acesso em: 05 de março de 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 4a ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

COPARENTALIDADE RESPONSÁVEL: UM NOVO MODELO FAMILIAR?

Data de aceite: 01/11/2021

Data de submissão: 08/10/2021

Gabriel Francisco Cabrera de Sá

Mestrando. Centro Universitário Católico Salesiano *Auxilium* Araçatuba/SP
<http://lattes.cnpq.br/0429281520449284>

Cibele Rodrigues

Doutora. Centro Universitário Católico Salesiano *Auxilium* Araçatuba/SP
<http://lattes.cnpq.br/4230738812005858>

Meire Cristina Queiroz Sato

Mestre. Centro Universitário Católico Salesiano *Auxilium* Lins/SP
<http://lattes.cnpq.br/0276806023158121>

RESUMO: A coparentalidade responsável vem se despontando como um novo método de filiação sem, contudo, criar-se uma família com base na afetividade do casal, mas sim, por meio de contrato escrito e minucioso entre as partes interessadas, propiciando uma nova alternativa para exercer a filiação. A presente pesquisa tem por objetivo investigar se por esse novo método de concepção cria-se um novo modelo de entidade familiar, analisando a ocorrência das consequências jurídicas advindas desse relacionamento, tais como os relacionados ao poder familiar; a guarda do filho; o regime de visitação; a pensão alimentícia; a educação do filho; a religião; a responsabilidades durante o período gestacional, casos de “desistência” da filiação, enfim, os possíveis problemas que

possam surgir a partir dessa nova forma de procriação. Busca-se, por fim, diagnosticar uma solução e demonstrar a legitimidade desse novo modelo familiar em benefício do filho, tendo como fundamento o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e da proteção integral *versus* a liberdade dos que procuram esse novo modelo para a satisfação de uma necessidade de constituição de uma família, seja por idade, orientação sexual, máculas amorosas, entre outros.

PALAVRAS-CHAVE: Filiação. Parentalidade Responsável. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Pluralidade Familiar.

RESPONSIBLE CO-PARENTING: NEW MODEL OF FAMILY?

ABSTRACT: Responsible co-parenting has emerged as a new method of procreation and sonship without, however, creating a family based on the couple's affection, but rather by means of a written and detailed contract between the interested parties, providing an alternative to the people have their children. Thus, the research project aims to investigate if by this new method of procreation a new model of family can be created. The research will use the inductive-deductive and qualitative method, through a bibliographical survey. The research also aims to investigate recurrent problems arising from this relationship, such as those related to family power, the custody of the child, whether unilateral or shared, the regime of visitation, alimony, the education of the child, the religion, gestational responsibilities, cases of “cancellation” of the sonship, in the end, the possible problems that

can arise from this new form of procreation, trying to find out a solution and to show the legitimacy of this new familiar model for the benefit of the child, having as based on the principle of the best interest of the child and the adolescent and the integral protection against the freedom of those who seek this new model for the satisfaction of a need to procreate, whether by age, sexual orientation, loving macules, among others.

KEYWORDS: Affiliation. Responsible Parenting. Principle of the Best Interest of Children and Adolescents. Family Plurality.

1 | INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado visa mostrar uma nova forma de concepção de família que lentamente vem ganhando espaço e reconhecimento na sociedade brasileira, a coparentalidade, um novo perfil de família oriundo da Europa e dos E.U.A., divulgado por meio de redes sociais na *internet* sob a forma de *fanpage* e *blog* para compartilhar a ideia entre os interessados. A coparentalidade responsável se estabelece quando dois adultos, sem vínculo conjugal, resolvem ter um filho, compartilhando, entre si, as obrigações e responsabilidades impostas com a criação do menor.

O Direito de Família evolui de forma rápida, ora mudando o comportamento entre os envolvidos, ora mudando a forma de constituí-la e organizá-la. O presente modelo, se apresenta na formação familiar, sem a presença da conjugalidade do casal, mas por meio de um acordo ou negócio jurídico de parceiros, causando debates e questionamentos no meio social e jurídico, sobretudo com relação às questões quanto à guarda do filho, o exercício do poder familiar, sucessão, obrigação alimentar do filho, quem se responsabilizará pelo período gestacional, se poderá haver desistência ao longo do processo gestacional, quais as influências psicológicas no desenvolvimento da criança, qual a natureza jurídica do contrato de parceria entre os genitores e se forma um novo modelo de família.

2 | A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E SEUS PRINCÍPIOS

O ser humano sempre teve a necessidade de se manter em agrupamentos, formando, assim, vínculos afetivos. Na formação da família não é diferente, sendo uma construção cultural, sempre em evolução, redefinindo seus conceitos e paradigmas conforme a sociedade evolui e as novas tendências dos grupos que se formam. O renomado antropólogo Lewis H. Morgan, que é citado na obra de Friedrich Engels (1884, p.4), compreende a família é um elemento ativo, que nunca se estaciona, passa de uma fase inferior para superior, sempre se modificando à medida que a sociedade vai evoluindo, sendo de um grau mais baixo, para um mais alto.

No Brasil a grande evolução do direito de família veio com a promulgação da Carta magna de 1988, trazendo o princípio da afetividade, dignidade da pessoa humana, livre planejamento familiar, entre outros, que serão abordados no capítulo posterior.

2.1 Do Código Civil de 1916 ao Código atual

A visão do Código de 1916 sobre família abarcava apenas a família tradicional, constituída pelo casamento entre homem e mulher, como único modelo de família a ser tutelada pelo Estado. Ademais, essa relação seria a única alternativa de se dar início a uma família e era indissolúvel essa união, pois não se tinha o afeto como base da relação, mas sim as relações patrimoniais e biológicas (com relação à filiação), obedecendo um patriarcado e conservadorismo.

No art. 233 do mesmo diploma, o legislador considerava o marido como o chefe da sociedade conjugal e, após a nova redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962, passou a considerar que a função de chefe seria exercida com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos. Assim, ao marido exercendo a função de chefe da sociedade conjugal, competia administrar os bens comuns e particulares da esposa, sendo obrigado a lhe prover assistência. Seguindo essa ideia do patriarcado, a mulher por si só exerceria a função de colaboradora do lar, conforme os ditames do art. 240: “A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família”. (BRASIL, 1916).

Os filhos eram classificados como legítimos, ilegítimos, adotivos e legitimados. Os filhos legítimos eram os únicos considerados detentores dos direitos de filiação, sendo legítimos aqueles advindos do casamento. Por outro lado, entravam na categoria de filhos legitimados os havidos fora da união conjugal e os adotados, e como ilegítimos os incestuosos e adulterinos, tendo como intuito punir os que fugiam dessa regra, na falha tentativa de preservar o matrimônio, limitando direitos essenciais. Assim, previa a regra do art. 358, do Código Civil de 1916, que “Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos”, e referida regra foi revogada pela Lei nº 8.560/92, após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, vedando a distinção entre os filhos (art. 226 §6º). Os filhos ilegítimos, ou seja, os concebidos fora do casamento, os extraconjugais, eram tratados com um diferencial, chamado de adulterinos, podendo ser a *matre* (mulher casada com outro homem sem ser o marido) ou a *patre* (homem casado com a mulher além da esposa).

Em 10/12/1948 a ONU em Assembleia, aprovou a declaração XXVII ao qual foi ratificada em 22/11/1969 no art. 17.5 no Pacto de San Jose da Costa Rica, a vedação do Estado fazer diferenciação entre os filhos. O referido artigo diz, “A Lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como os nascidos dentro do casamento”, ao qual o Brasil foi signatário de tal Pacto, inserindo na Constituição Federal de 1988 expressamente.

2.2 A Constituição Federal de 1988 e seus princípios fundamentais ao Direito de Família: uma análise sob a perspectiva da pluralidade familiar

Ao longo dos anos tudo foi se modificando, readaptando esse elemento ativo chamada família. Com o advento da Carta Magna de 1988, a constitucionalização dos

direitos civis e individuais alavancou o desenvolvimento do direito de família, principalmente em uma época onde o conservadorismo e a necessidade da conjugalidade para exercer a parentalidade eram de forte influência.

Afastou da ideia de família o pressuposto do casamento, identificando família também a união estável entre um homem e uma mulher. A família a margem do casamento passou a merecer tutela constitucional porque apresenta condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessários ao desempenho das funções reconhecidamente familiares. (DIAS, 2015, p. 36)

Dentre os princípios que serão abordados, trazidos na Constituição Federal de 1988 e que consagram valores sociais e fundamentais, sob reflexo no Direito de Família, alguns são explícitos, expressos no texto Constitucional, e outros são implícitos, advindos de outras fontes do direito.

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à felicidade

Tido como um macroprincípio, e considerado mais universal de todos sendo entendimento de Eduardo Bittar, o respeito à dignidade da pessoa humana é o maior legado pós modernidade (BITTAR, p. 298, 2009). Tal instituto trouxe a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, colocando o ser humano como centro desta proteção, sendo vedado qualquer de discriminação, seja pela filiação ou a qualquer entidade familiar, tal como aqui elencada, a família coparental. Como corolário do respeito à dignidade da pessoa humana, se reconhece o direito à felicidade. Nos dizeres de Flavia Teixeira Ortega,

Do exposto, extrai-se que os princípios da busca da felicidade e o da afetividade têm fundamento na tutela da dignidade da pessoa humana, bem como na solidariedade social e na isonomia, advindo como elementos para salvaguardar a formação da identidade do ser humano dentro dos preceitos da fraternidade social. (ORTEGA, 2017)

O princípio do direito à felicidade foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, na decisão do Ministro Ayres Britto, reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo, atrelado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, aonde se tem a base o ser humano e o seu direito de exercer aquilo que tem por direito, sua felicidade, ou seja, aquilo que ele acredita ser o seu melhor.

2.2.2 Princípio da afetividade

Atualmente, a afetividade é o elemento formador de família, bastando afeto para configurar como tal e com a despatrimonialização do Direito Civil, sob fundamento o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, houve a personificação desse instituto. O constitucionalista Sergio Resende de Barros, define:

Um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e

meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam. (BARROS, 2002, p. 9)

O valor do afeto reconhecido na família coparental, assim como em outros modelos, é essencial, já que esse novel tem como principal característica a não conjugalidade entre o casal, e a afetividade entre eles será o elo de ligação para a criação e desenvolvimento do filho.

2.2.3 Princípio da liberdade de constituir família

A liberdade garantida constitucionalmente abarca, não somente a autonomia de decidir se a família constituirá filhos ou não, mas, também, o direito da escolha quanto ao modelo de entidade familiar irá se constituir, dentre eles, a coparentalidade responsável, pois através deste princípio é garantido o livre direito de manifestação de vontade no planejamento familiar, porém, com a responsabilidade no exercício da paternidade e maternidade. Deste modo, os adeptos a esta nova modalidade de família, a coparentalidade, devem ter reconhecido o direito personalíssimo de escolha, sem qualquer limitação estatal, de modo que possa violar direitos fundamentais.

No art. 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) encontra-se a importância do livre planejamento familiar, sendo livre ao casal qual melhor será desde sua organização até a formação. A Coparentalidade, assim como outros modelos familiares, nem sempre são frutos de escolhas, mas, sim, reflexos do exercício da individualidade e da personalidade de cada indivíduo.

2.2.4 Princípio do pluralismo das entidades familiares

Como visto anteriormente, somente se reconhecia como legítima a família tradicional formada pelo casamento, os demais vínculos familiares e de afeto eram condenados à invisibilidade (DIAS, 2015, p. 49). Com o passar dos anos os vários arranjos familiares que se despontaram foram ganhando força e proteção legal, de modo que todas as famílias são a base estatal, dignas de proteção e amparo.

2.2.5 Princípio da autonomia e menor intervenção estatal

A autonomia e menor intervenção estatal vem determinados expressamente na Carta Magna, na parte final do § 7º, do art. 226, que preleciona “[...] vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privados” (BRASIL, 1988). São os integrantes da família que estabelecem as regras próprias de sua convivência, bem como, o planejamento familiar, dentro de uma sociedade democrática.

2.2.6 Princípio da solidariedade familiar

Este princípio, decorre da fraternidade e reciprocidade exercida dentro de uma

família e vem expresso no art. 229 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). As relações de afeto sem conjugalidade encontram fundamento também neste princípio, pois há um objetivo entre os genitores, não de formar uma família conjugal, mas parental e, para a criação de sua prole deverão se dedicar no cumprimento do dever de cuidar, se unindo em laços fraternos e ao mesmo tempo recíproco.

2.2.7 Princípio do melhor interesse da criança e o princípio da parentalidade responsável

A família passou a valer somente enquanto fosse veiculadora da valorização do sujeito e a dignidade de todos os seus membros. Diante deste quadro, o menor ganha destaque especial no ambiente familiar, em razão de ainda não ter alcançado maturidade suficiente para conduzir a própria vida sozinho. Precisa de amparo e cuidados, exercidos por seus genitores. No art. 227, caput, da Constituição Federal de 1988, aduz:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Rosana Amara Girardi Fachim, citada por Rodrigo Cunha Pereira, diz:

De acordo com a Constituição, o modelo institucional de família é atenuado para residir na relação entre pais e filhos o poder paternal, que está centrado na ideia de proteção. A paridade de direitos e deveres tanto do pai quanto da mãe está em assegurar aos filhos todos os cuidados necessários para o desenvolver de suas potencialidades para a educação, formação moral e profissional. (FACHIM, 2001, p. 111)

Constitui uma ideia de responsabilidade que deve ser observada tanto na formação como na manutenção da família. Ou seja, seria todo cuidado e acompanhamento do filho desde a concepção, até seu crescimento e desenvolvimento, cumprindo o comando do art. 227 da Constituição Federal, citado anteriormente.

3 | COPARENTALIDADE RESPONSÁVEL: NOVA CONFIGURAÇÃO FAMILIAR?

3.1 Coparentalidade: por que não um modelo tradicional de família?

Os motivos pertinentes ao pôr que de tal de escolha poderá ter várias justificativas, pois dentro da subjetividade humana cada pessoa traz em sua personalidade o que é bom, ou que deverá ser vantajoso em ser vivido. Família, muitos desejam constituir uma, mas conforme suas particularidades e desejos, com base em sua vida e cotidiano. Hoje lhe é dada a liberdade para escolher qual configuração familiar o atrai, devendo ser tutelada e preservada pelo Estado, se resumindo em Direitos das Famílias.

A escolha da coparentalidade, ou seja, a não criação de um vínculo amoroso, mas a criação de um laço parental para a criação do filho, poderá ocorrer por inúmeras justificativas, analisadas caso a caso.

Coparentalidade é uma expressão nova para designar a coparticipação no exercício da Parentalidade, que também é uma expressão relativamente nova e começou a ser usada na década de 1960 em textos psicanalíticos, para marcar a importância do exercício da relação pais e filhos. Em Direito de Família, Parentalidade traduz-se como a condição de quem é parente. É a relação de parentesco que se estabelece entre pessoas da mesma família, seja em decorrência da consanguinidade, da socioafetividade ou pela afinidade, isto é, o vínculo decorrente dos parentes do cônjuge/companheiro. (PEREIRA, 2017)

Ademais, deve-se salientar o caso da Luiza e Grazielle, em uma reportagem sobre transexualidade, cujo nome é “Quem sou eu? ”, exibida em 12/03/2017, onde mostra um exemplo de coparentalidade. Luiza uma mulher transexual, antes de passar o todo processo hormonal pelo qual passou, visto que todo seu sistema endócrino seria modificado, se tornando infértil, decidiu com sua amiga Grazielle ter um filho, ambas tiveram um menino, ao qual hoje realizam a guarda compartilhada.

3.2 Natureza jurídica do contrato de obrigações inerentes ao pai (s) e/ou mãe (s)

O contrato realizado servirá para dirimir os anseios, preocupações e necessidades, que complementam e enriquecem esse pacto formal, que por suas peculiaridades, deverá ser personalizado e escrito.

É o contrato expresso ou tácito, entre um homem e uma mulher, ou entre duas pessoas, para gerarem um filho, formando-se apenas uma família parental, sem que daí decorra necessariamente uma relação amorosa ou conjugal. Com a compreensão jurídica de que maternidade e paternidade são funções exercidas, a paternidade/maternidade e a conjugalidade puderam ser vistas e engendradas em campos separados. Assim, o tripé que sempre esteiou o Direito de Família, sexo –casamento- reprodução, ficou totalmente alterado. (PEREIRA, 2017)

Darwinn Harnack, em seu artigo **“Co-Parenting – Reflexões acerca do compartilhamento de paternidade ou maternidade.”** diz:

Importante observar ainda, que a inadimplência de deveres parentais poderá gerar, além das consequências legalmente estabelecidas no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Alienação Parental, também penalidades ou indenizações contratualmente avençadas em favor do contratante inocente, quer seja por ter sido obrigado a suportar sozinho algum ônus material que deveria ter sido compartilhado, quer em razão da geração de eventual dano extrapatrimonial decorrente de angústia, sofrimento ou abalo psicológico previstos como possíveis de serem cometidos pelas partes. (HARNACK, 2014)

Assim como qualquer negócio jurídico, necessita de certos requisitos como alude

o artigo 104 do Código Civil de 2002, sendo um objeto lícito, possível e determinado, realizado por maiores e capazes e a forma dele deverá ser prescrita ou não vedada pela lei. Também presente a boa-fé, princípio base dos contratos.

Atente-se também quanto ao fato de que na realização do contrato que estão tratando de matéria de ordem pública, cuja origem não pode e não hão de serem flexibilizadas, estando presentes toda e qualquer proteção estatal, tanto os genitores, a família e ao filho concebido, sendo muito bem especificadas.

A presença do contrato é meramente burocrática e assecuratória, afastando toda e qualquer forma de transformar o filho advindo desta união como coisa, tal comparação é o casamento, sendo um negócio dentro do direito de família, atentando a segurança patrimonial do casal, por mais que há um contrato não tira o afeto e a afeição do casal em seu casamento, mas lhe asseguram uma segurança civil, patrimonial, sucessória, enfim todos os direitos insurgentes desta relação, na Coparentalidade não seria diferente.

3.3 O exercício da parentalidade

Nos dizeres da psicologia, “Uma dessas ações é o brincar, que tem um grande potencial para o desenvolvimento neuronal”, (2017). Frase está dita pelo psicólogo Dr. Ricardo Barroso, em uma entrevista concedida a revista eletrônica “Fundação Maria Cecília Souto Vidigal”, quando lhe é indagado sobre um exemplo de parentalidade. Como também a conceitua “A parentalidade são as ações que pais, avós, cuidadores precisam colocar em prática para educar e ajudar a criança a se desenvolver, desde a alimentação e o vestir até oferecer estímulos para o desenvolvimento de habilidades” (2017).

3.3.1 Distinção e separação da parentalidade e conjugalidade

Sob a ótica do Código Civil anteriormente vigente, para o exercício da parentalidade, necessariamente precisaria da conjugalidade para tanto. Porém a partir da Carta Magna de 1988, isto foi quebrado, adentrando neste rol outras modalidades de família, como a família monoparental em que não há a presença de outro genitor.

3.3.2 O exercício do poder familiar e o respeito ao princípio da igualdade entre todos os filhos

Na coparentalidade responsável os genitores aduzem a guarda compartilhada como caminho para exercer a parentalidade, pois, como já mencionado, não há a existência da conjugalidade para tanto. Maria Berenice Dias em sua obra leciona “A unidade da família não se confunde com a convivência do casal, é um elo que se perpetua independentemente da relação dos genitores.” (DIAS, 2015, p. 464). Ou seja, o poder familiar será exercido mesmo não tendo a conjugalidade entre eles, tal similitude encontra-se no Código Civil com relação a pais divorciados que exercem o poder familiar em igualdade jurídica. Seguindo a

premissa da ilustre autora acima referida, o poder familiar não será ligado umbilicalmente com a convivência dos cônjuges.

3.3.3 Do princípio da igualdade

A igualdade dentro do direito das famílias possui grande relevância. Em especial, na família coparental, este princípio deve ser observado na livre escolha dos futuros genitores, na forma de composição familiar e, conseqüentemente, o seu planejamento. No Código Civil de 2002, disciplinado no art. 1.565, § 2, aduz.

Art. 1.565. § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (grifos nossos).

O artigo acima, repete o aludido na Constituição Federal de 1988, complementando, que sob fundamento da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, é livre a decisão do casal. Veja-se,

Art. 226. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O princípio da igualdade, respeito às diferenças e defesa igualitária de composições familiares, após o exercício do livre planejamento familiar, é tratado no ordenamento jurídico pátrio como fundamental, equiparando desiguais, objetivando conferir justiça e dignidade ao sujeito de direito.

3.3.4 Multiparentalidade

Em 2016 pelo recurso extraordinário (RE 898060-SC) o STF, reconheceu a existência da multiparentalidade, aduzindo também que o laço afetivo prevalece sobre o biológico. Sendo tal possibilidade reforçada por diversos doutrinadores. Maria Berenice Dias preleciona no artigo “Proibição das famílias multiparentais só prejudicam os filhos”:

Reconhecida a parentalidade socioafetiva, imperioso admitir a possibilidade de coexistência da filiação biológica e da filiação construída pelo afeto. Não há modo melhor de contemplar a realidade da vida do que abrir caminho para a multiparentalidade. Afinal, é impossível negar que alguém possa ter mais de dois pais. E todos eles devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar. Neste sentido enunciado do IBDfam: A multiparentalidade gera efeitos jurídicos. (DIAS, 2016)

A multiparentalidade hoje é reconhecida no Ordenamento Jurídico Brasileiro como nova forma de filiação, através do Provimento n. 63/2017, como aduz no art. 14:

Art. 14. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro

de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento. (BRASIL, 2017)

Desta forma, verifica-se que a multiparentalidade tem plena aplicabilidade na prática, efetivando princípios básico no direito das famílias.

3.4 O melhor interesse da criança e do adolescente *versus* o livre planejamento familiar: na busca da coparentalidade

A Constituição Federal traz expressos os princípios do livre planejamento familiar e do melhor interesse da criança nos arts. 226 e 227 (BRASIL, 1988), respectivamente. Dentro do ordenamento jurídico, em geral, diante de um conflito de princípios, resolve-se com base no critério da adequação e proporcionalidade, verificando qual princípio deverá ser aplicado no caso concreto, defendido pelo jusfilosófico Robert Alexy, para dirimir conflitos entre princípios constitucionais. Dentre critérios por ele imposto, visa-se deslumbrar um conceito binário para tal conflito, onde ambos serão exercidos em mutuo consentimento. Como o exemplo por ele dado, aludido por Natália Braga Ferreira:

Alexy cita uma regra que impede que as pessoas abandonem a sala antes de tocar o sinal de saída e outra, que ordena que as pessoas abandonem a sala quando soar o alarme de incêndio. O autor afirma que ambas produzem juízos concretos de dever ser contraditórios entre si, de forma que a solução do conflito seria introduzir na primeira regra uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio e, se isso não fosse possível, declarar a invalidade de uma das regras, retirando-a do ordenamento jurídico. (FERREIRA, 2018, p. 122)

Ao permitir a livre escolha do casal para a Coparentalidade, não há a violação do Princípio do Melhor interesse da criança e do adolescente, pois o propósito dos genitores é exercer esta proteção ao menor, desde a sua concepção ao crescimento, cumprindo tudo o que a Constituição Federal e as demais leis garantem ao menor.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justificativa dos adeptos a família coparental poderão ser variadas, pois dentro da subjetividade humana, cada um traz o que é bom ou vantajoso em ser vivido, sendo evidente a desnecessidade da conjugalidade para exercer a parentalidade.

Após estudos, conclui-se que não há a violação do princípio do Melhor interesse da criança e do adolescente, tendo os genitores desta nova composição familiar responsáveis pelos deveres e obrigações inerentes a qualquer outro genitor de outra composição familiar. O propósito dos genitores, em suma, é exercer a proteção ao menor, desde a sua concepção ao crescimento, cumprindo tudo o que a Constituição Federal e as demais leis lhe garantem, em caso de descumprimento, deverá ser apurado e evidentemente responsabilizados os violadores. A forma que a família se compõe não lhe designam automaticamente a ocorrência de violências próprias e diretas, como por exemplo, compartilhar a ideia que

pais homossexuais pudessem “transmitir” sua orientação sexual ao filho, ou deduzir que na Coparentalidade haverá abandono ou qualquer forma de desamor.

A pluralidade familiar não surgiu para destruir, mas sim, para aumentar, reconhecer mais particularidades da subjetividade humana e representá-las neste bem maior chamado família, a maior prova disso é o artigo 226 da Carta Magna 1988 “A família é à base da sociedade”. Todo este conjunto se forma o direito das famílias, tendo a Coparentalidade Responsável como um “novo” modelo familiar, adentrando neste rol.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**, Revista de Direito Administrativo, 1999.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 9, jul./set. 2002.

BARROSO, Ricardo. Todas as famílias exercem a parentalidade. Você sabe o que é isso? Entrevista concedida a Fundação Maria Cecília Souto Vidigal. **Desenvolvimento infantil**, 2017. Disponível em: <http://desenvolvimento-infantil.blog.br/todas-as-familias-exercem-a-parentalidade-voce-sabe-o-que-e-isto/?fbclid=IwAR2p9WBMag2RIAPQvpHrqAyv4TDG9rd3Av3xN0YQbEFJ2_6iadruTC8cgxc>. Acesso em junho de 2017.

BITTAR, Eduardo C.B. **O direito pós modernidade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BRASIL. **Código Civil**, 01 de Janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em 10 de Outubro de 2017.

BRASIL. **Código Civil**, 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 10 de Outubro de 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, 16 de Março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 10 de Outubro de 2017.

BRASIL. **Constituição Federal**, 05 de Outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 de Outubro de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento 63 de 14/11/2017**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em 29 mar. 2020.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, Promulgação da 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 Janeiro de 2018.

BRASIL. Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7841.htm. Acesso em 10 de Janeiro de 2018.

BRASIL. Lei nº 8.069, 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 10 de Janeiro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm. Acesso em 10 de Janeiro de 2018.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário 898060/SC/ DF- Distrito Federal. Trecho do voto do Min. Relator Luiz Fux, ao julgar o RE, p. 14. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em 20 de março de 2018.

CATALAN, Marcos Jorge. Um ensaio sobre a multiparentalidade: explorando no ontem pegadas que levarão ao amanhã. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 55, p. 143-163, 2012.

DARWINN, Harnack. **Co-Parenting – Reflexões acerca do compartilhamento de paternidade ou maternidade** Disponível em: <http://www.dimitresoares.com.br/2014/01/co-parenting-reflexoes-acerca-do.html>. Acesso em janeiro de 2018.

DIAS, Maria Berenice. **A proibição da multiparentalidade prejudica os filhos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-01/processo-familiar-proibicao-multiparentalidade-prejudica-filhos>. Acessado em 15 de março de 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**, 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ENGELS, A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado- 1884. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_engels_origem_propriedade_privada_estado.pdf. Acesso em julho de 2017.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. Da filiação. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FERREIRA, Natalia Braga. **Notas sobre a teoria dos princípios de Robert Alex**. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/viewFile/1290/1853>. Acesso em 03 março de 2018.

ORTEGA, Flavia. **O que consiste o princípio da busca da felicidade**. 2017. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/383860617/o-que-consiste-o-principio-da-busca-da-felicidade>. Acesso em Janeiro de 2018.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Saiba mais Coparentalidade**. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/saiba-mais-sobre-coparentalidade/>. Acesso em janeiro de 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**, 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

REPORTAGEM FANTÁSTICO: **Quem sou eu?** Caso Luiza e Grazielle. Disponível em: <http://especiais.g1.globo.com/fantastico/2017/quem-sou-eu>. Acesso 10/01/2018.

O RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E SUAS IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO DA LEI, DA FAMÍLIA E DA SOCIEDADE

Data de aceite: 01/11/2021

Data de submissão: 04/08/2021

Jefferson Lopes Custódio

Universidade de Fortaleza. PPGD/UNIFOR
Fortaleza/Ceará
<https://orcid.org/0000-0001-6742-4236>

Erineuda do Amaral Soares

Universidade Estadual do Ceará. PPGE/UECE
Orcid: 0000-0001-8399-9267

Fernanda Linhares Silva

Universidade Anhanguera. Pós-graduação
São Paulo
<https://orcid.org/0000-0001-6760-5106>

RESUMO: A sociedade vem constantemente sofrendo transformações e uma delas, sentida fortemente nos últimos anos, refere-se ao conceito moderno de família, especialmente no aspecto da paternidade voluntária, construída a partir do sentimento socioafetivo, que igualmente merece proteção estatal, tal como a filiação biológica. Nessa perspectiva, tem-se o escopo de analisar o instituto do reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva e seus impactos verificados no âmbito do ambiente familiar, na lei e na sociedade. Na ocasião, desenvolveu-se uma pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, utilizando-se de obras, normas jurídicas e decisões judiciais. Pretende-se chegar a resultados que apontem para um novo paradigma de sociedade plural, que passou

a considerar cada vez mais a questão afetiva e sentimental no reconhecimento do parentesco familiar, evoluindo para a aceitação do liame socioafetivo como alternativa para a constituição de família. Assim, espera-se confirmar a hipótese de que os usos e costumes da população são dinâmicos e as normas que disciplinam as relações individuais, ou entre estes e o Estado, são estáticas. Por isso, os regramentos normativos necessitam de adequação e aprimoramentos que compreendam o conceito moderno de família, de maneira a favorecer a paternidade socioafetiva, prestigiar a dignidade da pessoa humana, o direito de personalidade e fortalecer a base da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Filiação. Socioafetiva. Lei. Família. Sociedade.

THE VOLUNTARY RECOGNITION OF THE FILIATION SOCIO-AFFECTIVE AND ITS IMPLICATIONS INTO LAW, FAMILY AND SOCIETY

ABSTRACT: Many changes have occurred in Society and one of them, perceived strongly in the past few years, refers to the modern concept of family, especially in the aspect of voluntary, built from the socio-affective feeling, which equally deserves state protection, as well as biological parentage. In this perspective, the present paper aims to analyze the voluntary recognition of socio-affective paternity and its implications into law, family and society. Then, this study was elaborated through a bibliographic research, with a qualitative approach, using books, laws and court decisions. It is intended to

obtain results that point to a new paradigm of plural society, which increasingly is considering the affective and sentimental issue for the family kinship recognition, evolving towards socio-affective affiliation acceptance as an alternative for family constitution. Thus, it is expected to confirm the hypothesis that the population's uses and customs are dynamic and the norms that discipline individual relations, or between them and the State, are static. Therefore, the laws need to be adapted and improved to understand the modern concept of family, in order to favor social-affective paternity, honor the dignity of the human person, the right to personality and strengthen the basis of society.

KEYWORDS: Filiation. Socio-affective. Law. Family. Society.

1 | INTRODUÇÃO

A família é uma instituição que representa o núcleo societário e cujo conceito vem sofrendo avanço de acordo com a evolução da humanidade. E, neste universo, a filiação é um importante direito fundamental de personalidade, vez que a procriação estabelece vínculos de parentescos que garantem a multiplicação de grupos familiares no seio da sociedade. À propósito, Venosa adverte que a filiação assume natureza de fato jurídico a partir do qual decorrem diversos efeitos (VENOSA, 2003)¹.

Com efeito, a contemporaneidade introduziu uma visão de família e o direito à paternidade foi especialmente previsto em convenções internacionais e em normativos domésticos. Contudo, o desconhecimento sobre filiação socioafetiva o torna pouco explorado, sendo que os interessados quase sempre se socorrem apenas à guarda ou à adoção, cujas regras estão previstas na Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2019)².

Hodiernamente, os pais socioafetivos que assumem esta condição por ato espontâneo e irrevogável, foram valorizados e passaram a coexistir com os genitores biológicos, podendo ainda, no interesse do filho e pela via judicial, o registro de dois pais ou duas mães na sua Certidão de Nascimento.

Nesse contexto, correlacionam-se questões de multiparentalidade que possibilita o reconhecimento jurídico de vínculos maternos ou paternos, ou todos, em relação a uma mesma pessoa. Na realidade, a essência da matéria em debate não é tão nova, embora aborde um ponto específico, relativamente inédito, concernente à filiação socioafetiva, que revela um ato voluntário de reconhecimento maternal ou paternal sob o aspecto sentimental.

Para Villela (1997)³, a consanguinidade tem, de fato e de direito, um papel absolutamente secundário na configuração da paternidade, bem assim que a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura e está, antes, no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen.

1 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 265.

2 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2019.

3 VILLELA, João Baptista. **Família Hoje. Entrevista a Leonardo de Andrade Mattietto**. In: BARRETO, Vicente (Org.) *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Na mesma linha, Oliveira (2002)⁴ avalia que a família só tem sentido enquanto unida pelos laços de respeito, consideração, amor e afetividade. À respeito, o artigo 1.593, do Código Civil de 2002 dispõe que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” (CASSETTARI, 2015, p. 18)⁵.

Ora, se todos são iguais perante a lei, não se permite fazer distinção na relação entre pais e filhos, tentando desvalorizar aspectos sentimentais ou de afeto mútuo frente à noção jurídico-formal. Da mesma forma, não se pode desconsiderar que o direito à igualdade é uma garantia fundamental, prevista em cláusula pétrea da Lei Maior de 1988 e que qualquer interpretação contrária a isso afrontaria a própria Constituição Federal, segundo Cassettari (2015).

Com efeito, a condição mais importante para o surgimento da parentalidade socioafetiva é o laço sentimental e emocional, normalmente gerados pela convivência entre os envolvidos. E tal situação de assentimento opera efeitos legais, como também no âmbito familiar e societário, que não só devem recepcionar esse novo modelo de família como respeitar e proteger os seus membros.

2 | ASPECTOS LEGAIS DO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

À luz da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2018)⁶, tanto no seu artigo 5º como no artigo 227, não poderá haver, em hipótese alguma, qualquer forma de discriminação ou tratamento diferenciado entre filhos havidos na constância do casamento e os havidos de forma diversa. E essa orientação é extensível aos pais ou mães socioafetivos ou adotivos, no sentido de aceitá-los como genitores e descendentes plenos e legítimos.

Já o artigo 5º, inciso II, da Lei 11.340/2006 (BRASIL, 2019)⁷, que disciplina a violência doméstica e familiar contra a mulher, fornece um conceito preciso e contemporâneo de família, que compreende a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, bem assim unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade própria.

Segundo Boeira (1999)⁸, a posse do estado de filho é uma relação afetiva, íntima e duradoura, configurada pelo reconhecimento público como se filho fosse, bem assim pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai.

4 OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

5 CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 18.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo**. Supremo Tribunal Federal. 6. ed. Atual. Até a EC 99/2017. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018.

7 BRASIL. **Lei Maria da Penha e normas correlatas**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2019.

8 BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de estado de filho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Já Adriana Caldas Maluf (2012)⁹, define afetividade como a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido, como um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outrem, sendo, também, considerado como o laço criado entre as pessoas, que, mesmo sem características sexuais, continuam a nutrir uma amizade mais aprofundada.

Em termos práticos, seguindo as orientações normativas acerca do tema em discussão, não é qualquer pessoa adulta que pode postular o reconhecimento voluntário de filiação socioafetiva, sendo certo que é necessária uma relação prévia, mútua, afetiva e emocional com aquele a quem se deseja assumir publicamente como filho socioafetivo.

Importante destacar ainda que não são apenas os ascendentes que têm o direito de ver reconhecida a parentalidade biológica ou socioafetiva, mas também os próprios filhos, que podem igualmente demandar administrativa ou judicialmente para ver reconhecido o seu direito à maternidade ou paternidade, seja qual for a modalidade de filiação, conforme se extrai da dicção do artigo 1.606 do Código Civil (BRASIL, 2020)¹⁰.

Ainda, segundo o artigo 1.609 do diploma civil pátrio, o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento é ato irrevogável, podendo ser realizado no registro de nascimento, por escritura pública ou em escrito particular (arquivado em cartório), por meio de testamento ou perante o juiz de direito.

Curioso evidenciar o Provimento CNJ nº 83/2019, que alterou o Provimento CNJ nº 63/2017, hipótese em que estabeleceu que o ônus da prova da afetividade cabe ao interessado que deseja o registro extrajudicial, dispondo que:

Art. 10-A. A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser estável e deve estar exteriorizada socialmente.

[...]

2º O requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, tais como: apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade – casamento ou união estável – com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida (TARTUCE, 2019, on line)¹¹.

Ressalte-se que as situações normatizadas, retro transcritas, que visam provar a afetividade, são apenas exemplificativas, podendo ser demonstradas por outros meios legalmente admitidos, como cartas, filmagens e declaração do próprio filho de quem se

9 MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das Famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

10 **BRASIL. Código Civil e normas correlatas**. 11. ed. Brasília/DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020.

11 TARTUCE, Flávio. O provimento 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça e o novo tratamento do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,-MI309727,81042-O+provimento+832019+do+Conselho+Nacional+de+Justica+e+o+novo>. Acesso em 20 mai. 2020.

deseja assumir a paternidade.

Assim, de acordo com o Provimento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 63, de 14 de novembro de 2017, alterado parcialmente pelo Provimento CNJ nº 83/2019, pode o(a) interessado(a), independente de seu estado civil, por ato espontâneo e livre, reconhecer judicialmente a maternidade ou paternidade de pessoa e, se esta for acima de 12 anos, podendo ser realizada também perante o oficial de Cartório, e que o ato será irrevogável, somente sendo desconstituído em juízo.

Portanto, o interessado, independente de seu estado civil, pode se dirigir à justiça para qualquer situação que pretenda o reconhecimento de paternidade socioafetiva, bem como ao oficial de Cartório, caso o filho conte mais de doze anos (artigo 10 do Provimento CNJ nº 83/2019), para formalizar a situação de pai ou mãe socioafetiva, sem esquecer que, se o filho for menor de dezoito anos, necessitará do consentimento formal deste para o reconhecimento válido da referida filiação fundada no vínculo afetivo.

3 I FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E SUAS IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO DA FAMÍLIA

A filiação socioafetiva gera efeitos no âmbito familiar, tanto no aspecto sentimental, estabelecendo novos vínculos parentais na árvore genealógica paterna e materna de quem assumiu o respectivo compromisso socioafetivo, como também em questão previdenciária, tributária (imposto de renda), pensão alimentícia e sucessória, visto que o filho reconhecido passa a compor toda a vida afetiva e jurídica do novo pai ou mãe, produzindo efeitos pessoais e patrimoniais.

Assim, o novo filho poderá, a depender das circunstâncias concretas, assumir a condição de um dependente previdenciário do pai segurado, para fins de pensão ou recebimento de algum benefício. Por igual, ser dependente de seu novo genitor socioafetivo para fins de declaração de imposto de renda, dada a sua vulnerabilidade econômica, assim como figurar judicialmente no polo ativo de pleito alimentar ou mesmo na sucessão hereditária, no caso de morte de seu pai ou mãe socioafetivo.

Outro ponto importante é que não se pode nem deve haver conflito entre pais biológicos e socioafetivos, haja vista que tanto uma classe como a outra podem coexistir e conviver, bem assim serem coobrigadas a exercer o mesmo papel intelectual, moral, sentimental e material sobre o mesmo filho, sob pena de prática de crime de abandono ou alienação parental, dentre outros.

Além disso, a Suprema Corte do país, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060, com repercussão geral (tema 622), de Relatoria do Ministro Luiz Fux, firmou tese no sentido de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios (BRASIL, 2016)¹². É dizer, pode constar na Certidão de

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinária nº 898060. Recorrente A. N. (nome preservado, menor

Nascimento do filho, simultaneamente, tanto o nome do pai ou mãe biológica como dos genitores socioafetivos.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, referente à temática em debate, proclamou o seguinte posicionamento:

Apelação cível. Ação negatória de paternidade. Justiça gratuita deferida. Desconstituição da filiação pela nulidade do assento de nascimento. Reconhecimento espontâneo e consciente da paternidade. Vício de consentimento inexistente. Realização de teste de paternidade por análise de DNA. Exclusão da paternidade biológica. Irrelevância. Existência de sólido vínculo afetivo por mais de 23 anos. Filiação socioafetiva demonstrada. Desconstituição da paternidade vedada. Recurso parcialmente provido. É irrevogável e irretratável a paternidade espontaneamente reconhecida por aquele que tinha plena consciência de que poderia não ser o pai biológico da criança, mormente quando não comprova, estreme de dúvidas, vício de consentimento capaz de macular a vontade no momento da lavratura do assento de nascimento. A filiação socioafetiva, fundada na posse do estado de filho e consolidada no afeto e na convivência familiar, prevalece sobre a verdade biológica (SANTA CATARINA, 2011, on line)¹³.

No caso judicial colacionado anteriormente, o referido tribunal capixaba reconheceu o vínculo socioafetivo de uma situação em que houve mais de duas décadas de convivência entre os envolvidos. De toda forma, não existem critérios fechados para solucionar esse tipo de demanda, nem uma espécie de régua universal para medir o tempo mínimo de convivência, no entanto quanto maior a convivência mais certeza se terá do vínculo afetivo, mas que tudo deve ser aferido em cada demanda concreta.

Ainda, interessante reproduzir outro precedente sobre o tema em discussão, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Apelação. Negatória de paternidade. Anulação de reconhecimento de filho. Vício de vontade não comprovado. Irrevogabilidade. Paternidade socioafetiva configurada. 1. O reconhecimento voluntário de paternidade é irrevogável e irretratável, e não cede diante da inexistência de vínculo biológico, pois a revelação da origem genética, por si só, não basta para desconstituir o vínculo voluntariamente assumido. 2. A relação jurídica de filiação se construiu também a partir de laços afetivos e de solidariedade entre pessoas geneticamente estranhas que estabelecem vínculos que em tudo se equiparam àqueles existentes entre pais e filhos ligados por laços de sangue. Inteligência do art. 1.593 do Código Civil. Precedentes (RIOGRANDE DO SUL, 2011, on line)¹⁴.

Pertinente observar a escolha por acórdãos que, praticamente, representam precedentes paradigmáticos que influenciaram outras decisões em todo o país. Assim, a decisão da corte gaúcha, como as referenciadas anteriormente, está de acordo com

de idade, processo sigiloso). Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 22 de setembro de 2016. **DJe**. Brasília, 30 set. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>. Acesso em: 21 set. 2020.

13 SANTA CATARINA. Tribunal De Justiça De Santa Catarina. Ação negatória de paternidade. Apelação Criminal nº 2011.005050-4. Desembargador Relator Fernando Carioni. **DJe** 10 de maio de 2011.

14 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Sul. Anulação de reconhecimento de filho. Apelação Criminal nº 8805-49.2011.8.21.7000. Oitava Câmara Cível. Desembargador Relator Luiz Felipe Brasil Santos. **DJe** 18 de abril de 2011.

as ideias defendidas no corpo da presente pesquisa, cujo acórdão regional é seguido por outros tribunais brasileiros, de modo que, no campo jurisprudencial, é assente que o reconhecimento voluntário de filho é irrevogável e irretroatável, não cedendo à existência, ainda que posterior, da origem genética do filho reconhecido.

4 | A SOCIEDADE E O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A sociedade congrega uma associação de indivíduos que são oriundos de grupos familiares diversos. A partir daí surge uma complexidade de relações entre as pessoas, compreendendo aspectos relacionados à aceitação, restrição, preconceito e intolerância em relação à instituição família.

A Constituição da República Federativa do Brasil, notadamente no seu artigo 226, deu novo conceito normativo à instituição família, proporcionando algumas garantias importantes a serem observadas pelo Estado e pela sociedade em geral. Outrossim, o artigo 5º, II, da Lei da Mulher fixou parâmetros legais para uma concepção atual sobre a entidade familiar, que é formada por indivíduos, não importando se do mesmo sexo, que são ou se consideram aparentados, por consanguinidade ou vontade expressa.

O reconhecimento da filiação socioafetiva, como direito de personalidade, ganhou destaque, nos últimos anos, diante de alguns desafios impostos pela sociedade contemporânea, haja vista que a ignorância, a vergonha e o preconceito ainda permeiam o tema, inibindo aqueles que desejam formar ou aumentar a família pelo laço afetivo. Neste cenário, apontamos os casais homoafetivos que lutam contra algumas adversidades para se afirmarem como pessoas, com plenitude de direitos e obrigações.

Contudo, apesar de alguns retrocessos, uma fração cada vez maior da sociedade contemporânea vem concebendo a ideia, de maneira positiva, de que não é somente o sangue o referencial utilizado como parâmetro para o reconhecimento da paternidade.

Segundo se extrai da doutrina e da jurisprudência pátria, explanadas no corpo da pesquisa, o vínculo de afeto surge, modernamente, como um importante indicativo para a comprovação da relação de paternidade, concorrendo igualmente com o critério genético. Por esta razão, os envolvidos, neste ato nobre que patrocina a entidade familiar, devem ser protegidos pelo Estado e, sobretudo, pela comunidade em geral, partindo-se da compreensão de que é da vontade popular que os representantes eleitos criam leis que disciplinam as relações no âmbito da sociedade.

Por isso, a comunidade deve aplaudir e homenagear aquele que assume, de forma corajosa e digna, o ser humano com o qual conviva e com quem troque relações de afeto e carinho, ajudando-o na sua formação e contribuindo para a evolução da humanidade.

5 | RESULTADOS E DISCUSSÕES

A matéria em debate envolve direito de família e de personalidade, motivo pelo qual

o pesquisador deve estar atento à complexidade e às mudanças que permeiam o assunto. Salvo os casos raros em que haja fraude, como uma pretensão escusa de transferência de pensão de pai para um suposto filho, assumido artificialmente de forma socioafetiva, o Estado e a sociedade devem incentivar e proteger o reconhecimento da paternidade fundada no afeto, verificados os demais requisitos e que, na realidade, apenas declaram e formalizam uma situação sentimental pré-existente.

O reconhecimento da filiação socioafetiva, independente de quem o pretenda, além de um ato majestoso, cria uma verdadeira via de mão dupla, uma vez que produz efeitos para um lado e outro: assim como o filho reconhecido passa a usufruir de alguns direitos, como previdenciários, alimentícios e sucessórios; noutra vértice, tem o dever de assistir os seus pais socioafetivos na velhice ou na enfermidade, bem assim ajudá-los materialmente, se for o caso, e, finalmente, os genitores gozam dos mesmos direitos previdenciários, alimentícios e sucessórios sobre os bens e direitos de seu reconhecidamente descendente.

Outro aspecto relevante, observado ao longo desta pesquisa, é que, em diversas ocasiões, os tribunais do país vêm preenchendo as lacunas da lei que rege o tema de filiação socioafetiva, de maneira que, algumas vezes, a norma é elaborada após a estabilização da jurisprudência sobre determinada matéria sobre direito de família e de personalidade.

Em reforço, como as leis não acompanham o dinamismo da sociedade, faz-se necessário o surgimento de um mecanismo estatal que possibilite a atualização eficaz das normas pertinentes frente aos avanços da sociedade e, no caso, o Poder Judiciário tem se apresentado como uma opção que vem solucionando esses casos surgidos na contemporaneidade, mesmo sem dispor da competência para legislar. Na ocasião, a justiça vem imprimindo uma nova interpretação, axiológica e teleológica, sobre a letra da lei.

Ainda, é necessário a concretização de políticas públicas inclusivas que estimulem e protejam os interessados a romperem a barreira da vergonha, do preconceito ou da ignorância para formalizar uma situação com a qual já convivam cotidianamente, reconhecendo solene e publicamente o vínculo socioafetivo com uma pessoa que também nutra um sentimento recíproco em relação a quem o assume como pai ou mãe.

Seria importante também a veiculação de publicidade sobre o reconhecimento da filiação socioafetiva, considerando que existem, no país, diversas pessoas em situação de carência ou órfãs e que difere dos institutos da guarda e adoção, de maneira a conscientizar a sociedade que se trata de um ato que valoriza a dignidade da pessoa humana, merecendo a aprovação de todos porque promove a entidade familiar.

Além disso, à vista da doutrina e jurisprudência referenciada neste trabalho acadêmico, observou-se que, em regra, não é possível desfazer um ato proveniente da vontade livre e deliberada, praticado solenemente, que reconheceu publicamente a paternidade de um filho, com base no afeto, formalizando a existência de laço familiar.

Logo, a matéria em discussão, que envolve direito de família e de personalidade, é relevante e atinge dezenas de milhões de residentes no Brasil, por esta razão seria

oportuna a criação de uma consolidação de leis que, objetiva e cabalmente, disciplinasse o assunto em discussão, de indiscutível importância para a promoção da família, base da sociedade.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista das informações expostas e debatidas, chegou-se a algumas conclusões, como o fato de que a paternidade ou a maternidade socioafetiva é um direito tanto do pai ou da mãe, ou mesmo do próprio filho, que também pode demandar administrativa, por meio do Cartório, ou judicialmente para fazer valer uma situação legal e socialmente aceita, produzindo efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais para ambos os lados.

E o principal requisito para a existência da parentalidade socioafetiva, que atualmente concorre com a biológica, é a posse de estado de filho que deriva da convivência afetiva e emocional entre os envolvidos e que, depois de formalizada, opera efeitos contra todos, bem como assume uma natureza de ato irrevogável, irretroatável e indisponível para as partes.

Por igual, é necessário o desenvolvimento de um mecanismo estatal que torne mais prático e célere a modificação da legislação que discipline o reconhecimento de filiação socioafetiva, de modo a acompanhar eficazmente o desenvolvimento da sociedade, sem depender apenas do ativismo judicial para suprir as lacunas legislativas, vez que o próprio Judiciário nem sempre corresponde às expectativas dos cidadãos, dada a demora processual gerada na tramitação dos feitos e em razão de decisões, até mesmo, contraditórias de um juiz para outro, provocando insegurança jurídica.

A multiparentalidade biológica e socioafetiva podem coexistir tranquilamente, não havendo vínculo hierárquico nem valorização de uma categoria sobre a outra, podendo-se inclusive registrar o nome do pai e/ou da mãe biológica juntamente com os genitores socioafetivos, nos documentos de identificação pessoal do filho e que todos, pais biológicos e socioafetivos, têm direitos e obrigações sobre o mesmo descendente, e este sobre aqueles.

Em síntese, diante da amplitude conferida ao tema filiação socioafetiva, é razoável concluir que, atualmente, a paternidade se manifesta sob outros vínculos, que não exclusivamente o biológico, podendo este coexistir, ou não, com a filiação socioafetiva, que ganhou autonomia e importância no âmbito familiar, na norma e na sociedade, bem como decorre de uma relação sentimental entre pessoas que estabeleceram o *animus* de conviverem de forma permanente e estreita, formando um núcleo familiar.

REFERÊNCIAS

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**: posse de estado de filho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. Código Civil e normas correlatas. 11. ed. Brasília/DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020.

_____. Conselho Nacional De Justiça. **CNJ: Atos Normativos.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>. Brasília, 2019. Acesso em: 21set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinária nº 898060. Recorrente A. N. (nome preservado, menor de idade, processo sigiloso). Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 22 de setembro de 2016. **DJe.** Brasília, 30 set. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. **Lei Maria da Penha e normas correlatas.** Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2019.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** 3 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo.** Supremo Tribunal Federal. 6. ed. Atual. Até a EC 99/2017. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier, **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação.** Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em 26/12/2019.

TARTUCE, Flávio. O provimento 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça e o novo tratamento do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI309727,81042-O+provimento+832019+do+Conselho+Nacional+de+Justica+e+o+novo>. Acesso em 20 mai. 2020.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das Famílias: amor e bioética.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Sul. Anulação de reconhecimento de filho. Apelação Criminal nº 8805-49.2011.8.21.7000. Oitava Câmara Cível. Desembargador Relator Luiz Felipe Brasil Santos. **DJe** 18 de abril de 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal De Justiça De Santa Catarina. Ação negatória de paternidade. Apelação Criminal nº 2011.005050-4. Desembargador Relator Fernando Carioni. **DJe** 10 de maio de 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VILLELA, João Baptista. **Família Hoje. Entrevista a Leonardo de Andrade Mattietto.** In: BARRETO, Vicente (Org.) A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

O EMPREGO DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR NAS VARAS DE FAMÍLIA DO ESTADO DE MATO GROSSO

Data de aceite: 01/11/2021

Data de submissão: 20/08/2021

Sylvia Maria de Assis Cavalcante

Centro Universitário Unicathedral
Barra do Garças - MT
<http://lattes.cnpq.br/4244696819873210>

Patrícia Oliveira Coelho

Centro Universitário Unicathedral
Barra do Garças - MT
<http://lattes.cnpq.br/8748688753828349>

Fábio da Silva Maciel

Centro Universitário Unicathedral
Barra do Garças - MT
<http://lattes.cnpq.br/2802955574087633>

Fabrcio Ferreira Querino

Centro Universitário Unicathedral
Barra do Garças – MT
<http://lattes.cnpq.br/6888597499279465>

Camila Teodoro de Lima e Silva

Centro Universitário Unicathedral
Barra do Garças - MT
<http://lattes.cnpq.br/0392522976748963>

RESUMO: Este trabalho é uma discussão sobre como a Técnica de Constelação Familiar aplicada ao Judiciário pode auxiliar nas lides nas varas de família, tentando evidenciar a seguinte questão: é possível aumentar os índices de acordo, nas varas de família, utilizando-se a técnica da Constelação Familiar? Para tanto, valeu da pesquisa básica de abordagem qualitativa com o

aporte da pesquisa bibliográfica, onde o assunto foi aprofundado em autores fundamentais como Hellinger (2010), Pimonte (2018) e Scheneider (2007), e para compreender a realidade do judiciário do Estado de Mato Grosso e na cidade de Barra do garças foi realizada pesquisa de campo. Verificada a relevância de aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos, como a Constelação Sistêmica, em especial nas Varas de Família. Expõem os resultados obtidos após o seu uso na seara forense. Problematisa como essa realidade se dá no Estado do Mato Grosso. De forma sumária, pretende-se propiciar a reflexão da aplicabilidade do Direito Sistêmico no desate de obstáculos familiares que chegam ao judiciário. O que se pretende nesse ensaio é analisar se a técnica da Constelação Familiar poderá ajudar o Judiciário a resolver questões familiares de maneira mais simples, dando celeridade na resolução dos conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Constelação familiar. Direito sistêmico. Conciliação e Mediação.

THE USE OF THE FAMILY CONSTELLATION IN THE FAMILY COURTS OF THE STATE OF MATO GROSSO

ABSTRACT: This paper is a discussion about the Family Constellation Technique applied to the Judiciary, trying to highlight the following question: is it possible to increase the rates of agreement in family courts using the Family Constellation technique? For this purpose, (a) basic research with a qualitative approach was used with the contribution of bibliographic research, where the subject was deepened in central authors such as

Hellinger (2010), Pimonte (2018) and Scheneider (2007), and to understand the reality of the judiciary in the State of Mato Grosso and in the city of Barra do Garças, field research was carried out. It verifies the relevance of applying alternative methods of conflict resolution, such as the Systemic Constellation, especially in Family Courts. They expose the results obtained after its use in the forensic field. It questions how this reality occurs in the State of Mato Grosso. In summary, it is intended to provide a reflection on the applicability of Systemic Law in unraveling family obstacles that reach the judiciary. The aim of this essay is to analyze whether the Family Constellation technique could help the Judiciary to resolve family issues in a simpler way, speeding up conflict resolution.

KEYWORDS: Family constellation. Systemic law. Conciliation and Mediation.

1 | INTRODUÇÃO

Os procedimentos comuns judiciários sempre foram reconhecidos como práticas lentas. Pensando em modificar essa realidade, passou a se admitir os Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MASCs), o que resultou na aplicação de ferramentas que possibilitaram diminuir o prolongamento judicial de lides mais simples, a partir do interesse entre as partes.

Dentre diversos procedimentos que sobrevieram, a fim de resolver conflitos no ramo jurídico brasileiro, encontra-se a Constelação Familiar. Uma ciência que busca encontrar “enfermidades” familiares, trazendo à luz dilemas inconscientes que, depois de identificadas, torna possível dirimir conflitos forenses.

O Brasil foi pioneiro na utilização da Constelação Familiar no ramo jurídico. Mesmo sendo facultativo o emprego do Direito Sistêmico, se espalhou por grande parte do seu território, inclusive no Estado de Mato Grosso.

Este estudo promove o entendimento de como a junção de uma ciência familiar aplicada ao procedimento judiciário pode coadjuvar na resolução de conflitos jurídicos; e o porquê ocorreu à expansão do Direito Sistêmico, a ponto de ultrapassar fronteiras brasileiras e influenciar outros países a utilizar esse procedimento em seus países.

A técnica já tem sido adotada em algumas varas de família de algumas cidades brasileiras com ótimos resultados. Na área penal, ela também já começa a ser adotada, mas com um pouco mais de parcimônia.

Importante ressaltar que, qualquer ajuda que venha diminuir o tempo, os custos e, principalmente, o sofrimento para os envolvidos na lide, deve ser analisada com cautela e com bons olhos, afinal a intenção do judiciário deve ser sempre buscar resolver os conflitos da melhor forma possível.

Com base nesse pensamento, deve-se analisar: é possível aumentar os índices de acordo nas varas de família utilizando-se a técnica da Constelação Familiar?

A pesquisa apresentou uma natureza básica, pois fez uma análise dos temas propostos além de utilizar uma abordagem qualitativa com o objetivo de explorar o tema Constelação Familiar aplicada nas varas de família.

O procedimento técnico adotado para a pesquisa foi de cunho bibliográfico, baseado em literatura sobre a temática em questão, para compreender como acontece a aplicação dessa técnica em algumas varas de família no país, buscando uma resposta para a hipótese proposta, bem como a pesquisa de campo, de modo a entrevistar juizas com experiência intelectual e profissional para responder os anseios que se fizerem a partir de tal investigação.

Utilizou-se o método dedutivo de abordagem, pois foram analisadas bibliografias sobre o tema, para se chegar à verificação acerca de um problema específico. Também foi utilizado o uso monográfico, que nos auxiliou no estudo do tema em todos os seus aspectos.

O objetivo embasador deste estudo foi analisar a possibilidade de aplicação da técnica da Constelação Familiar para auxiliar na resolução dos conflitos nas varas de família em Mato Grosso.

Os autores fundamentais para a pesquisa foram Hellinger (2010), Pimonte (2018) e Scheneider (2007). Para a construção desse artigo analisou-se como acontece a aplicação da técnica de Constelação Familiar e como ela é adotada no judiciário brasileiro.

Portanto, essa pesquisa é de importância singular para que possamos tomar ciência de que novas técnicas que ajudem na resolução de conflitos e auxiliam na celeridade dos processos devem ser empregadas no judiciário, principalmente, nas varas de família, onde existem mágoas entre os envolvidos.

2 | CONSTELAÇÃO FAMILIAR

O mentor da Constelação Sistêmica Familiar foi o religioso Bert Hellinger, que nasceu em 16 de dezembro de 1925, e faleceu com 93 anos de idade, em 19 de setembro de 2019. O filósofo, pedagogo e teólogo Hellinger, dedicou sua vida a estudar a psicoterapia após abandonar a batina e se aventurar em missões missionárias da igreja católica, por quase duas décadas, na África do Sul.

Sua vasta vivência com tribos africanas quando era padre e missionário, bem como, em diversas áreas terapêuticas com a utilização de técnicas como a hipnose e psicanálise, permitiu que o estudioso percebesse a influência que os ancestrais têm sobre um indivíduo, e então desenvolveu a ciência sistêmica, originalmente titulada de “*Familienstellen*”, que tem como tradução literal “colocação familiar”.

No Brasil, foi nomeada como Constelação Familiar, inspirada na tradução do termo utilizado nos Estados Unidos “*Family Constelations*”, e o motivo de ter recebido esta nomenclatura é genial, uma vez que faz uma analogia do conjunto de estrelas existentes no Universo com a reunião familiar.

O dicionário brasileiro fundamenta que a constelação para a astronomia é um “grupo de estrelas que, próximas umas das outras [...] se situam em uma região delimitada

do céu, geralmente formando linhas ou figuras: constelação Ursa Maior” (DICIO, 2019. p.1); outro significado é a “reunião do que determina, é responsável ou influencia alguma coisa” (DICIO, 2019. p.1), ou ainda, indica ser um “grupo de coisas que partilham uma característica comum, compondo um todo homogêneo” (DICIO, 2019. p.1).

Dessa maneira, torna uma escolha impecável para a representação do que é a ciência do comportamento familiar, e como ele afeta direta ou indiretamente, consciente ou inconscientemente, um ou mais membros que a compõem. Portanto, tanto as estrelas quanto a família, é necessário fazer uma análise dedutiva para então identificar o contexto que atua cada indivíduo.

Embora tenha sido criado por um católico, não deve se confundir com religião, tão pouco com terapia, hipnose, psicanálise, psicologia, pois mesmo que seja utilizada em todas essas modalidades, a Constelação Familiar é uma ciência que tem leis e princípios próprios.

Bert acreditava que a colocação familiar está acima de qualquer psicoterapia, pois é um instrumento que traz à luz as doenças familiares e as resolvem superando qualquer outro método já desenvolvido. No entanto, acreditar ser uma ciência milagrosa é ilusão, uma vez que é necessário entender seu funcionamento, acreditar e estar disposto a reconhecer e solucionar tais conflitos.

Tal ciência é composta por três leis que a solidificam, são elas: lei do pertencimento; lei do equilíbrio e a lei da ordem, também nominada como hierárquica, na qual determina e fundamenta toda essa técnica promissora.

Lei do pertencimento: o preceito do pertencimento defende que todos têm o direito de pertencer a um grupo familiar, no entanto, se de qualquer forma, algum dos indivíduos se afasta de sua linhagem, deixa um desfalque, interrompendo a ligação genealógica, afetando todos aqueles que a compõem. Essa descontinuidade pode ocorrer por inúmeros motivos, tal qual a morte prematura, ou mesmo o abandono afetivo.

Lei do equilíbrio: neste mandamento rege o princípio do dar e receber, isto é, deve haver uma harmonia na entrega e colheita de qualquer relação. Nesse sentido, tal princípio defende que caso ocorra à entrega excessiva, acaba enclausurando aquele que recebe, um molde prático disto é quando um dos cônjuges emprega preocupações excessivas sobre o outro, ocasionando desconforto, ou mesmo a necessidade de uma fuga para outros ambientes que possam estar mais a vontade.

Em contrapartida, se ao invés de agregar em comunhão com o próximo, buscar apenas barganhar, além de sobrecarregar outrem, ainda prejudica outras relações, uma vez que acostumassem apenas a receber, passando a sempre esperar que o outro faça.

Pode-se desenhar esta hipótese correlacionando um vínculo ente mãe e filho, em que a mãe está sempre fazendo as vontades do fruto, a ponto de sempre estar exausta e atarefada, enquanto o filho desencadeia dificuldade proativa em outras relações, sejam elas afetivas, ou mesmo profissionais, impedindo-o que desenvolva interesse de fazer algo

pelo próximo.

Lei da ordem: esta orientação foi construída sobre o Princípio da Hierarquia, que elucida a necessidade de honrar aqueles que se encontram em qualidade de superior, de modo a atender e obedecer aqueles que ocupam cargos excedentes, aqueles que se encontram posicionados, aceitando assim as pirâmides hierárquicas tanto familiares quanto sociais.

Ilustra-se essa diretriz em todas as relações, tais como, a subordinação que um filho deve ter para com seus pais; um aluno perante um professor; um funcionário para com seu gerente; o gerente para com seu diretor; um civil para com um militar; um militar para com seu comandante; um jovem para com pessoa de idade superior; assim por diante, em todas as relações.

Pelo exposto, é possível constatar, que se alguma das leis que regem a Constelação Familiar for ignorada causa-se desequilíbrio nas relações do indivíduo, prejudicando-o não apenas no âmbito familiar, mas também afetivo, social, profissional, ou seja, uma vez que as heranças dos indivíduos de uma família não são meramente genéticas, mas também trazem consigo os traumas, sentimentos, crenças, cultura, de maneira coletiva e, geralmente, inconsciente.

3 | CONSTELAÇÃO NA PRÁTICA

Quando alguém deseja ser constelado, procura-se um profissional capacitado para aplicar a constelação. A pessoa que será analisada é titulada de Constelado, enquanto aquela que aplica é o Constelador. É possível ser realizada de duas formas: individualmente ou em grupo.

Na modalidade Individual estarão presentes apenas o constelado e o constelador, que poderão utilizar bonecos para representar as pessoas da relação a ser resolvida, caso não haja bonecos, poderá ser realizada com objetos, móveis, ou mesmo apenas entre os protagonistas daquela sessão;

Quando realizada em grupo, além do constelado e constelador, há também pessoas que estão dispostas a assistir a sessão, assim como participar, isto é, qualquer membro da plateia poderá ser escolhido para representar as pessoas da relação a ser resolvida.

Sendo assim, o que diferencia os tipos de constelação são apenas os coadjuvantes que serão utilizados. No entanto, o fundador garante que, independente da forma, os resultados são os mesmos. Após escolher o tipo de sessão que gostaria de fazer, o constelado apresenta um tema para ser analisado pelo constelador, devendo ser apenas um tema por sessão.

O tema é o assunto que o constelado deseja compreender em sua vida, e trazer à consciência os motivos pelas quais podem ocasionar seus bloqueios, problemas e outros mais.

Tendo o tema em mãos, o constelador pede para que o constelado escolha os representantes que configurarão as pessoas do tema a ser resolvido, e assim fará o constelado, seja utilizando bonecos, móveis ou pessoas da plateia.

E, então, o Constelador passará a observar como os “fantoches” que se encontram dentro do campo energético, se comportam. Esse “campo” da constelação “se constitui a partir do momento em que as pessoas são escolhidas e penetram no espaço onde vai acontecer a constelação” (SCHENEIDER, 2017, pag. 71)

Após o Constelador traçar o perfil do problema, fará com que o Constelado faça um procedimento de rendição e aceitação do problema, para que ele se resolva com a ameaça de seu passado.

4 | CAMPO ENERGÉTICO

Ainda há hostilidade dos leigos, colocando em dúvida a legitimidade desse procedimento. Alguns dizem ser obra divina, outros culpam a sintonia, mas o Doutor Rupert Sheldrake que é biólogo nos traduz o “fenômeno” através da criação da Teoria do Campo Morfogenético.

Sheldrake acredita que vivemos num oceano de energia que se conectam, dessa forma,

Rupert defende que tanto pessoas, animais como plantas podem adotar determinados padrões comportamentais sejam estes, bons ou ruins, herdados de gerações anteriores e do mesmo modo podem perpetuá-los para as gerações seguintes. (MARQUES, 2018)

Segundo esse raciocínio, quando o constelado escolhe alguém ou alguma coisa para representar outrem, inconscientemente aquele representante foi escolhido por conter traços de como o constelado enxerga a pessoa a ser observada.

Por exemplo, um constelado escolhe um boneco ou homem grande e forte para representar o seu irmão caçula, e uma mulher ou boneca franzina para representar sua mãe, ocorre que neste primeiro aspecto já torna possível observar que é contrariada a Lei da ordem, pois o constelado enxerga o irmão maior que a mãe, pois sente que o mesmo domina a mãe.

No livro “A prática das Constelações Familiares”, Jacob Robert Schneider explica que o Campo Energético é uma metáfora, nos elucidando:

É como se, através da atenção dirigida ao cliente, a alma de seu grupo se configurasse como um campo de força, de modo semelhante a um campo magnético. Da mesma forma como podemos tornar visível um campo magnético espacialmente delimitado, espalhando nele limalha de ferro que automaticamente se organiza acompanhando as linhas de força, os representantes de uma constelação se dispõem no campo anímico, com seus gestos, movimentos e palavras, de acordo com as forças que nele atuam. (SCHENEIDER, 2017, pag. 74)

Assim, a Teoria de Sheldrake e a interpretação de Schneider, trazem uma percepção em 3D da atuação do subconsciente e da emersão de energias que ligam o constelado aos representantes. Através da observação em uma Constelação Familiar Sistêmica podemos identificar o “câncer” familiar que é transmitido hereditariamente.

Neste aspecto, defende-se ainda que “a natureza do nosso campo de energia familiar é determinada pela história da nossa família, principalmente sua religião e suas crenças, em outras palavras, sua consciência” (MANNÉ, 2008, pág. 4).

Portanto, pode-se concluir que o inconsciente do constelado é que irá dominar e determinar o rumo da atividade constelatória. E é por este e outros aspectos que o individuo deve estar disposto e aberto à participação da dinâmica, inclusive para que consiga digerir as descobertas que poderão ser vislumbradas, trazendo questões do inconsciente para a luz da consciência, e então resoluçona-las.

5 | DIREITO SISTÊMICO

Embora a Constelação Familiar seja utilizada no Brasil, há mais de 30 anos, em diversos ramos do comportamento humano, no judiciário essa realidade se faz em menos de dez anos, e tornou-se o primeiro país a fazer a aplicação dessa ciência na seara judicial.

Em 2013, na Bahia, o Juiz Sami Storch fez algumas aplicações da Constelação Sistêmica durante Audiências de Conciliação e Mediação. Storch iniciou essa abordagem por acreditar que a “aplicação da lei fria resolve o processo, mas não resolve o problema” (PIMONTE, 2018. p.1), na perspectiva de que se o problema não for compreendido a partir de suas raízes e resolvido, a chance do reingresso no judiciário da mesma família para resolver outros conflitos é promissor.

A fim de compreender os resultados práticos, realizou um questionário com aqueles que participaram do procedimento. Logo no início, Dr. Storch obteve excelentes resultados, como é retratado no Site Ipê Roxo:

Nas audiências efetivamente realizadas com a presença de ambas as partes, o índice de acordos de 100% nos processos em que ambas participaram da vivência de constelações; 93% nos processos em que uma delas participou; e 80% nos demais. (STORCH, 2016. p. 310)

O impressionante resultado propiciou a expansão do uso da ciência no judiciário pelo território Brasileiro. O uso da Constelação iniciou na Vara da Família, e se expandiu para outras áreas, como na Criminal, trabalhista e até mesmo na Corporativa.

A aplicação do Direito Sistêmico é amparado por uma resolução do Conselho Nacional de Justiça publicada na Portaria nº 16/2015, que prevê em seu art. 1º, inciso VI

potencializar a desjudicialização, por meio de formas alternativas de solução de conflitos, compartilhando, na medida do possível, com a própria sociedade, a responsabilidade pela recomposição da ordem jurídica rompida. (BRASIL, 2015. p. 1)

Apesar da resolução do CNJ resguardar o uso da Constelação Familiar no Judiciário como método alternativo de resolução de conflitos, inexistiu um regime que definia sua aplicação. Por consequência, depende do Juiz de cada Vara a pretensão do emprego do sistema como alternativa de resolução de conflitos.

6 I CONSTELAÇÃO FAMILIAR APLICADA NAS VARAS DE FAMÍLIA NO ESTADO DE MATO GROSSO

O projeto piloto da Constelação Familiar no Judiciário no Estado de Mato Grosso ocorreu em 2015, implantado pela Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, titular da 3ª Vara de Família da Comarca de Várzea Grande, Jaqueline Cherulli¹.

A iniciadora do Direito Sistêmico no Estado esclarece em entrevista² aos Acadêmicos de Direito do Centro Universitário, alguns questionamentos sobre o emprego da Constelação no Estado de Mato Grosso.

A Juíza informou que todas as comarcas do Estado estão aptas a fazer a Constelação Familiar como método alternativo de resolução de conflitos, e ainda, inteirou que quem faz a aplicação da Constelação “são facilitadoras certificadas e autorizadas pelo Tribunal, portanto, não é qualquer um que se titula constelador, que pode atuar no Direito Sistêmico”.

Ao indagar sobre se há dificuldade na aplicação da Constelação Familiar no Judiciário, Dra. Cherulli afirmou não haver dificuldades tanto no emprego da Constelação quanto em oficinas; e ainda garantiu a eficiência do sistema no judiciário ao afirmar que “são resultados muito positivos, tanto da constelação quanto de outros métodos. Costumo dizer que a constelação é uma ciência que muda a vida das pessoas!”.

6.1 Constelação familiar aplicada nas varas de família na cidade de Barra do Garças

Embora todas as comarcas do Estado de Mato Grosso estejam aptas, é necessário que haja a disponibilidade do Juiz de cada Vara fazer a aplicação dessa técnica, o que não ocorre na Comarca de Barra do Garças, uma vez que há uma instabilidade de juizes na Vara de Família.

A Juíza Augusta Prutchansky³, responsável temporária pela 2ª, 3ª e 4ª Vara Civil, foi uma das implantadoras da Oficina Parental⁴ na Comarca de Barra do Garças. Em entrevista cedida para aos autores desta pesquisa, explica como se dá na realidade as resoluções dos conflitos nas varas onde atua, apontando que “além das Audiências de Conciliação e Mediação, são feitas Oficinas de Pais e Filhos⁵”.

Ao ser indagada se há o interesse em empregar o Direito Sistêmico, a Dra Prutchansky esclarece: “Bom, não sei te afirmar isso, pois além de estar apenas 15 dias

1 ID Lattes: 6067585013372674

2 Entrevista via aplicativo do WhatsApp realizada pelos desenvolvedores deste ensaio.

3 ID Lattes: 0851897596868888.

4 Outro método alternativo de resolução de conflitos.

5 Oficina Parental.

nessas varas cíveis, há uma inconstância de juízes responsáveis nessa jurisdição, dessa forma fica difícil de levar qualquer projeto a frente.”

Os funcionários da Cejusc⁶ da Comarca de Barra do Garças ampliaram as informações, desvendando que, embora não seja uma prática frequente, já houve processos que foram aplicados o Direito Sistemico, exemplificando com um processo de sucessões que foi contemplado pelo emprego da Constelação Sistemica.

Houve poucos processos premiados com o uso do Direito Sistemico. Segundo a servidora, isso ocorre, pois depende do Tribunal enviar pessoas capacitadas para executar a Constelação, uma vez que não existe profissional qualificado no Judiciário da cidade para atuar nas demandas.

Por tudo exposto, entende-se que além da necessidade de fixação de um Juiz que consolide o uso da Constelação Familiar, há também a conveniência de estabilizar um profissional preparado e aprovado pelo Tribunal para exercer o Direito Sistemico na Comarca de Barra do Garças.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso alternativo de resolução de conflitos vem se mostrando de tamanha valia, consubstanciando a máquina judiciária. No meio dos métodos utilizados, mostrou-se promissor o Direito Sistemico, uma vez que não só resolve a lide, mas também elucida as doenças familiares daqueles que procuram o judiciário, de modo a evitar uma nova ação, decorrente de embates familiares.

Mesmo diante das possibilidades e os surpreendentes benefícios que presume o emprego da Constelação Sistemica Familiar no Judiciário, a inércia de juízes não permitem que todos tenham acesso a esse mecanismo tão promissor.

No entanto, deve-se preocupar em como aqueles que enfrentaram tal procedimento irão interpretar ou se condicionar após as “descobertas” que vêm à tona, após uma sessão do Direito Sistemico. Deve haver uma preocupação também com o pós-procedimento, já que eles encontram conflitos íntimos e até então, obscuros de seus ancestrais.

Contudo, o estudo aponta surpreendentes resultados e benefícios para o judiciário, uma vez que impede o prolongamento de ações e evita a reprise jurídica de problemas da mesma família, obviamente por questões distintas da anterior.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CNJ – Conselho Nacional da Justiça. Ministro Ricardo Lewandowski. **Portaria Nº 16 de 26/02/2015**. Brasília, 2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2124> . Acesso em: 03/11/2019.

⁶ Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania.

CONSTELAÇÃO. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2019. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/constelacao/>. Acesso em: 01/11/2019.

HELLINGER, Bert; HOVEL, Gabriele ten. **Constelações Familiares: o reconhecimento das ordens do amor.** 13. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2010. Disponível em: <https://criacoessistemicas.com.br/wp-content/uploads/2017/03/CONSTELAÇÕES- FAMILIARES-Bert-Hellinger.pdf>. Acesso em: 03/11/2019.

MANNÉ, Joy. **As Constelações Familiares em sua vida diária.** 1 ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2008.

MARQUES, José Roberto. **Campo Morfogenético – Rupert Sheldrake.** Blog do JRM, 2018. Disponível em: <https://www.jrmcoaching.com.br/blog/campo-morfogenetico-rupert-sheldrake/> . Acesso em: 03/11/2019.

PIMONTE, Paulo. **A prática da Constelação Sistêmica no Direito.** Ipê Roxo, 2018. Disponível em: <https://iperexo.com/2018/08/21/a-pratica-da-constelacao-sistemica-no-judiciario-e-direito/>. Acesso em: 28/10/2019.

SCHNEIDER, Jakob Robert. **A prática das constelações familiares.** Tradução de Newton A. Queiroz. Patos de Minas: Atman, 2017.

STORCH, Sami. **Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário.** São Paulo: Wordpress, 2016. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-asprimeiras-experiencias-con-constelacoes-no-judiciario/>. Acesso em 25/10/2019.

O PROCESSO TRIBUTÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: LIMITES E REFLEXÕES SOBRE AS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR

Data de aceite: 01/11/2021

Rodrigo dos Santos Mathias

Universidade Federal de Santa Maria
Santa Maria, RS

<http://lattes.cnpq.br/2434832596330844>

<https://orcid.org/0000-0002-5891-7116>

RESUMO: O presente estudo apresenta como objetivo uma análise do sistema tributário no Estado Democrático de Direito, o qual descreve os tributos, competência tributária, limitações e reflexões ao poder de tributar. Tal análise buscará compreender quais são as espécies tributárias previstas no ordenamento jurídico brasileiro e refletir sobre questões inerentes à distribuição de competência para tributação, estabelecida pela Constituição Federal, e como se abordam as suas limitações. Trata-se de uma pesquisa descritiva, com abordagem problemática qualitativa, em que se analisa a estrutura do sistema tributário nacional, assim como os tributos nele existentes, a competência para instituí-los e também as limitações inerentes a esse poder. Para isto, foram levantadas questões relacionadas ao direito tributário, conceitos, definições e fundamentação legal. Os resultados mostram que o sistema tributário nacional é realmente muito complexo e demanda um estudo sistemático e lógico para sua compreensão. Embora o estudo não tenha esgotado o tema em análise, podemos concluir que é necessário que todo cidadão brasileiro saiba como funciona o sistema tributário de seu país para que possa auxiliar no controle social.

Dessa forma, considera-se que as discussões levantadas foram debatidas suficientemente a fim de proporcionar um mínimo essencial de entendimento por parte dos leitores sobre o assunto ora debatido.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema tributário nacional. Direito tributário. Tributos.

ABSTRACT: The present study has as main objective the analysis of the tax system in a democratic state, that describes the taxes, taxing power, limitations and reflections the power to tax. Through the study will seek to answer what are the tax species listed in the Brazilian legal system and to discuss issues related to the distribution of power to tax, established by the Federal Constitution, as well as address the limitations on the power to tax. This is a descriptive research with a qualitative problematic approach, which examines the structure of the national tax system, as well as the taxes it contains the power to institute them and also the inherent limitations to this power. For this questions have been raised related to tax law, concepts, definitions and legal grounds. The results show that the national tax system is actually very complex and demands a systematic study and logical to your understanding. Although the study has not exhausted the topic under review, providing reader to more detailed understanding of the tax law. It can be concluded that it is necessary that every Brazilian citizen knows how the tax system of their country so that it can assist in social control. Thus, it is considered that the discussions have been discussed raised sufficiently to provide a minimum – essential understanding by the

reader on the matter discussed herein.

KEYWORDS: National tax system. Tax law. Taxes.

1 | INTRODUÇÃO

Diante da necessidade e relevância da participação popular na fiscalização das atividades estatais, surge a necessidade de conhecimento jurídico-tributário por parte do cidadão para que este esteja apto a fiscalizar as atividades do Estado e exercer seu papel no controle social.

Nesse sentido, sabe-se que o direito tributário é um dos ramos mais importantes do direito público, pois rege as relações jurídicas que se estabelecem entre cidadão e Estado, no que diz respeito à instituição, fiscalização e arrecadação de tributos. Diante disso, faz-se mister que todo cidadão compreenda a estrutura do sistema tributário na sociedade na qual está inserido, para que possa fiscalizar as atividades do Estado e exercer o controle social.

No entanto, o sistema tributário nacional não é simples, pois envolve diversos conceitos, peculiaridades e exceções, o que acaba, por vezes, impedindo que a maior parte da sociedade compreenda como se estrutura o sistema e de que forma se estabelece a divisão de competências para tributar, bem como quais são os tributos nele previstos. É, portanto, perceptível que ele é bastante complexo e seu domínio é de suma importância, não somente para profissionais da área jurídica ou empresarial, como também para toda sociedade, tendo em vista que a compreensão do conjunto – sistema – auxilia na efetivação do controle social e na construção do conhecimento sobre cada um dos tributos existentes no país (os quais são pagos pelos cidadãos e empresas) e quais entes federados possuem competência tributária para exigí-los e as limitações inerentes.

Desse modo, a pesquisa justifica-se pela necessidade iminente de debate e esclarecimento acerca da estrutura do sistema tributário no Estado Democrático de Direito, suas competências e limitações. Visando sanar eventuais dúvidas e confusões, bem como trazer conceitos e especificações, fator este que motivou a escolha do tema. Além de apontar, ao final do estudo, as conclusões relacionadas ao assunto que podem, futuramente, ser abordadas com mais afinco por outros pesquisadores, haja vista a já mencionada infinidade de detalhes, regras e exceções que permeiam o direito tributário.

Dessa forma, ciente da relevância do sistema tributário nacional, o estudo visa realizar uma abordagem conjunta sobre o mesmo, bem como trazer a discussão os tributos constantes no ordenamento e suas competências, a fim de responder o seguinte questionamento: O conhecimento do sistema tributário pelo cidadão lhe confere o empoderamento necessário à fiscalização das atividades do Estado e ao controle social? Para tanto, buscar-se-á, no decorrer da pesquisa, analisar cada um dos tributos abarcados pelo ordenamento jurídico nacional, relacionando a competência ao poder de tributar, a fim de avaliar como se estrutura o sistema tributário nacional, distinguir cada um dos tributos

existentes, bem como verificar a competência tributária destes e a existência de limitações ao poder de tributar.

A fim de responder ao questionamento ora levantado, será feita uma pesquisa descritiva, pois irá apurar questões relevantes e pertinentes de como se estrutura o sistema tributário nacional, detalhando impostos e competências. Segundo Gil (1999), esse tipo de pesquisa descreve as características de determinada população ou fenômeno ou ainda, estabelece as relações entre as variáveis. Além disso, será feita uma abordagem qualitativa do problema, que proporciona ao investigador maior liberdade teórico-metodológica para a pesquisa, onde os limites de iniciativa são fixados, mediante condições mínimas de exigência, que estipulam que a pesquisa deve ser coerente, consistente e original (DIEHL, 2004). Nesses termos, é notável que a abordagem qualitativa representa maior grau de liberdade ao pesquisador, se comparada com a quantitativa, que tem seu foco principal na quantificação das informações coletadas e, por isso, será utilizada. Os procedimentos técnicos serão feitos mediante pesquisa documental.

2 | O SISTEMA TRIBUTÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O direito, como se sabe, possui diversos ramos. O direito tributário pertence ao ramo de direito público, assim como o penal, administrativo, etc, pois é responsável por regulamentar as relações entre particulares e Estado, no tocante à instituição e cobrança de tributos.

Para Balthazar (2005), a ideia de tributo e, sobretudo, de imposto se consolidou após a Revolução Francesa, tendo por consequência a distinção entre o patrimônio do governante e do erário público, que até então se confundiam, pois, os reis ou senhores feudais exigiam tributos de acordo com seus interesses particulares. Surge então, a partir daí a noção de direito tributário, que para melhor compreensão, julgo pertinente elencar definições que expressam a percepção dos mais renomados juristas da área. Casalino (2002, p. 26) define o direito tributário como “o conjunto de normas jurídicas que disciplina a relação entre Estado e particular, regulamentando a instituição, fiscalização e arrecadação de tributos”.

O direito tributário corresponde ao conjunto de normas, ao passo que a ciência do direito tributário corresponde ao conhecimento científico que se tem a respeito do tema, ou seja, desse conjunto de normas. O objeto da ciência do direito é, pois, o direito positivo. Para Miguel Reale (1990, p. 3), “a Ciência do Direito é sempre ciência de um Direito positivo, isto é, positivado no espaço e no tempo, como experiência efetiva, passada ou atual”. Assim, a ciência do direito objetiva o estudo do direito positivado. No que diz respeito ao direito tributário, esse objetivo (estudo) se dá através do conjunto de normas jurídicas tributárias. Importante frisar, ainda, que de acordo com a Constituição Federal, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar, concorrentemente, sobre direito tributário (Art. 24, I,

CF/88).

Por fim, Casalino (2012, p. 33) diz que “o direito tributário disciplina a transferência obrigatória de parte da riqueza produzida pelos particulares aos cofres públicos”. Logo, todas as definições aqui expostas vão ao encontro da ideia de que o direito tributário torna legítima a capacidade do Estado para alcançar o patrimônio particular do cidadão, que ocorre através da tributação, além de proteger o cidadão dos abusos de poder por parte do Estado por meio das limitações à capacidade de tributar, que será abordada no último tópico do estudo.

No tópico seguinte se levantará os conceitos de tributo, imposto e competência tributária, bem como uma abordagem esmiuçada sobre cada um dos tributos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, assim como suas peculiaridades.

3 I TRIBUTOS E COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Sabe-se que são inúmeras as espécies de tributos previstas no ordenamento jurídico brasileiro, as quais são distribuídas aos os entes federados através da atribuição de competência para tributar, conferida pela Constituição Federal.

Tributo e imposto, ao contrário do que muitos pensam, não são sinônimos. Imposto é apenas uma espécie dentro do gênero (tributo). O tributo, conforme já mencionado, é tão antigo quanto a sociedade. O seu conceito está implícito na Constituição Federal (CF), porém, encontra definição explícita no Art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN), que o define como

toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Ao passo que impostos, conforme art. 16 do CTN, são tributos “cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”. Portanto, tributo e imposto não se confundem, não sendo possível, desse modo, tratá-los como sinônimos.

Pode-se inferir que o conceito de tributo engloba vários elementos, nos termos do Art. 3º do CTN, os quais:

- a) é obrigatório (compulsório), ou seja, independe da vontade das partes, não representando, portanto, uma obrigação contratual;
- b) a obrigação (de pagar) deve ser exercida através de dinheiro – moeda corrente nacional ou valor que nela se possa exprimir, salvo casos de admissão de extinção do crédito tributário mediante dação em pagamento de bens imóveis, instituído pela LC nº 104/2001;
- c) não deve advir de ato ilícito, ou seja, sua obrigação não poderá decorrer de ato ilegal;

d) deve ser instituído por lei, em conformidade com o Princípio da Legalidade; e

e) deve ser cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada, o que quer dizer, em outras palavras, que o órgão administrativo não pode utilizar-se da discricionariedade para definir quem deve e quem não deve pagar, haja vista que o tributo decorre da lei e aplica-se a todos.

Compreendida a definição do conceito de tributo, analisemos o artigo 145 da Constituição Federal, o qual diz que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: impostos, taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; e contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

O Estado necessita, por óbvio, de recursos para se manter e atender as demandas sociais e, para isso, é necessário arrecadar, arrecadação esta que se dá, principalmente, através da instituição de tributos. Portanto, a soberania fundamenta o poder de tributar, ou seja, é necessário que o Estado seja soberano na sua ordem para que exerça efetivamente este poder, sempre observando as limitações estabelecidas pelo legislador, as quais devem ser fielmente observadas. Surge, então, o conceito de competência tributária, que se origina da noção de soberania do Estado.

No Brasil, o poder de instituir tributos é repartido entre todos os entes federados, ou seja, cabe a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, concomitantemente. Amaro (2006, p. 93) afirma que “o poder de criar tributos é repartido entre os vários entes políticos, de modo que cada um tem competência para impor prestações tributárias, dentro da esfera que lhe é assinalada pela Constituição”.

Portanto, a competência tributária nada mais é do que o poder (limitado) dos entes federativos para criar tributos, poder este conferido pela Constituição. A instituição de tributos ocorre, então, sempre de acordo com a competência do ente e dentro dos limites legais.

Ressalta-se ainda, que a competência tributária é um poder indelegável, tal vedação é expressa no art. 7º, §3º do CTN, que traz a seguinte redação, *in verbis*:

a competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição.

Nesses termos, destaca-se que a competência tributária é indelegável, porém, atribuições inerentes à arrecadação e fiscalização de tributos, assim como as de executar leis, serviços ou atos administrativos em matéria tributária podem ser delegadas, as quais são denominadas capacidade tributária. A delegação da capacidade tributária, por sua vez, poderá ser feita pela própria Constituição Federal ou, ainda, por lei do ente tributante, após criado o tributo, observada a competência tributária do ente federativo. Sendo assim,

é vedada a delegação de competência tributária e permitida a delegação da capacidade tributária a outro ente de direito público, nos termos da Constituição Federal e da legislação do ente tributante.

Analisa-se, agora, a divisão de competências estabelecidas pela Constituição Federal, que dá forma à atual estrutura do sistema tributário nacional, mediante apontamento de cada um dos tributos existentes no ordenamento e seu fundamento legal. Os impostos são divididos por competência, ou seja, exclusivos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, ao passo que as taxas e contribuições de melhoria podem ser instituídas por qualquer um dos entes federados, desde que preenchidos os requisitos de exigibilidade. Já o empréstimo compulsório e as contribuições sociais competem privativamente à União.

Quanto aos impostos, cabe aos Municípios instituir: imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU), transmissão inter vivos (ITBI) e sobre serviços de qualquer natureza (com exceção dos compreendidos no art. 150, II da CF, que são de competência Estadual e do Distrito Federal) (art. 156 CF). Aos Estados e ao Distrito Federal, de acordo com art. 155 da CF, compete instituir: imposto sobre transmissão causa mortis e doação (ITCMD), operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal de comunicação (ICMS), propriedade de veículos automotores (IPVA) e sobre os serviços constantes no art. 155, II da Constituição. À União cabe instituir: imposto sobre importação (II), exportação (IE), produtos industrializados (IPI), renda (IR), operações financeiras (IOF), propriedade territorial rural (ITR), grandes fortunas (GF), conforme dispõe o art. 153 da Carta Magna.

Ressalta-se, novamente, que os impostos não exigem contraprestação específica por parte do Estado, tal qual se observa na redação do art. 16 do CTN. As taxas, por sua vez, são tributos vinculados e, por isso, estão condicionadas a uma contraprestação específica estatal. Segundo art. 77 do CTN, as taxas “têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição”.

Desse modo, compete a todos os entes federados a instituição de taxas, nos termos do art. 145, II da Constituição Federal, desde que ocorrido o fato que legitima sua instituição, oriundo de prestação de serviço público ou de regular exercício do poder de polícia.

A contribuição de melhoria, assim como as taxas, é um tributo de competência comum dos entes federados, nos termos do art. 81 da Constituição, que traz a seguinte redação, *in verbis*

A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

No entanto, a contribuição de melhoria é uma espécie de tributo exigível exclusivamente para fazer frente ao custo do poder público em decorrência de obras públicas que importem em valorização imobiliária de particulares, sempre limitada ao valor máximo da obra, haja vista que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendimento firmado no sentido de que é necessário que haja nexo de causalidade entre a obra e a valorização do imóvel.

Logo, pode-se afirmar que as taxas e as contribuições de melhoria são de competência de todos os entes federados, porém, tem características peculiares que necessitam ser cumpridas para que somente então possam ser exigidas.

O empréstimo compulsório pode ser instituído por Lei Complementar apenas pela União, nos termos do art. 148 da CF, visando atender despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, guerra, ou investimento público de caráter urgente e de interesse nacional. Temos então, na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional a previsão legal que legitima a instituição da espécie tributária denominada empréstimo compulsório, porém, cumpre salientar que é algo extremamente excepcional. No entanto, é passível de cobrança e, portanto, demanda debate e certa atenção.

Por fim, as contribuições, que são consideradas pela maior parte da doutrina como espécies autônomas e encontram previsão legal esculpida no art. 149 da Constituição, que estabelece, *in verbis*, que

Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

As contribuições podem ser sociais, de intervenção no domínio econômico (CIDE) ou de interesse das categorias profissionais ou econômicas, e possuem receita vinculada. Tendo claras as noções de poder de tributar, distribuição de competência, tributos, imposto, taxas, contribuição de melhoria e contribuições sociais, passa-se a debater, no tópico seguinte, as limitações a esse poder de tributar, que conforme já mencionado, não é ilimitado.

4 | LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR: LIMITES E REFLEXÕES

A fim de evitar abuso ou excesso de poder, a própria Constituição Federal estabelece limitações ao poder de tributar, por meio de princípios, os quais devem ser observados por todos os entes federados, sem distinção, ou seja, pelos Estados, Distrito Federal, Município e até mesmo pela própria União.

Assim, percebe-se que os princípios carregam grande valor axiológico e são de fundamentais, pois são aplicados nas mais diversas áreas de estudo do direito. Bandeira de Mello (1996, p. 451) define princípio como

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome Sistema Jurídico Positivo.

Desse modo, os princípios podem ser observados de forma explícita ou implícita na Constituição Federal ou legislação específica e podem sim interagir entre si, bem como se complementar. Não possuem, portanto, relação de superioridade uns com os outros, visto que servem para nortear, fundamentar, preencher vazios e dar coesão ao sistema normativo, tornando-lhe harmônico.

Um importante princípio limitador do poder de tributar é o Princípio da Legalidade. O princípio da legalidade é amplamente utilizado em todo e qualquer ramo do direito, visto que tem sua previsão constitucional explícita no art. 5º, II, que diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude da lei. No direito tributário não é diferente, depreende-se do princípio da legalidade a ideia expressa no art. 114 do CTN, que diz que “fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”, uma vez que sem previsão legal não há hipótese de incidência e, conseqüentemente, dever de pagar o tributo.

O princípio da Legalidade é uma garantia conferida ao contribuinte para protegê-lo dos abusos de poder por parte da administração pública, ou seja, o administrador público não pode valer-se de sua liberdade discricionária para instituir os impostos que bem entender ou julgar conveniente sem a devida previsão legal que o autorize a fazer.

No entanto, vale lembrar que existem quatro principais exceções ao princípio da Legalidade. São elas a expressa no art. 97, §2º do CTN, a do art. 153, § 1º da CF, art. 177 § 4º, I, b da CF e art. 155, § 4º, IV da CF. A primeira diz respeito à atualização de valor da base de cálculo de tributo, a qual não é considerada majoração, a segunda se refere à possibilidade do Executivo majorar ou reduzir alíquotas dos impostos de importação (II), exportação (IE) e sobre operações financeiras (IOF) como forma de regular-estimular a economia. A terceira se refere à possibilidade de redução de alíquota do CIDE por meio de decreto presidencial e a quarta diz respeito à possibilidade de definição de alíquotas para ICMS decorrente de operações sobre combustíveis.

Outro princípio de fundamental relevância é o princípio da anterioridade, o qual desdobra-se em três: anterioridade (geral), nonagesimal e especial. O princípio da anterioridade encontra-se previsto de forma explícita no art. 150, III, b, da Constituição Federal e dispõe que é vedado à União, Estados, ao Distrito Federal e Municípios a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro. Ou seja, um novo tributo instituído somente passa a ser exigível no exercício financeiro subsequente. Ressalta-se que o exercício financeiro coincide com o exercício civil, conforme dispõe o art. 34 Lei 4.320/64. Contudo,

o princípio da anterioridade geral não se aplica às hipóteses de redução ou extinção de tributos, tendo em vista que não causa prejuízo ao contribuinte, conforme entendimento constante no RE 245.124-0/PR.

Já o princípio da anterioridade nonagesimal encontra-se previsto no art. 150, III, “c” da CF, o qual veda aos entes federados a instituição de tributos antes de transcorridos 90 dias da publicação da lei que majorou ou instituiu o tributo. Isto é, ainda que o tributo tenha sido instituído ou majorado no último mês do ano, ele não poderá vigorar a partir de janeiro do ano seguinte, pois deve aguardar o lapso temporal de 90 dias a contar da data da publicação da Lei que o instituiu ou majorou, como consequência direta do princípio da anterioridade nonagesimal.

O princípio da anterioridade especial, por sua vez, encontra-se previsto no art. 195, §6º da CF, que diz que “as contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, “b”. Ou seja, este princípio diz respeito apenas às contribuições sociais para a seguridade social, que devem obedecer ao princípio nonagesimal e não se submetem ao princípio da anterioridade geral (anual).

Outro princípio de grande relevância é o princípio da isonomia tributária, previsto no art. 150, II da Constituição Federal, o princípio da isonomia tributária veda a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibindo, assim, qualquer distinção em razão de profissão ou função exercida.

Portanto, há que se ter clara a ideia de que é absolutamente vedado o tratamento desigual entre contribuintes, sob pena de violação de um dos princípios básicos não somente do direito tributário, mas também do Estado Democrático de Direito.

Outro princípio de grande valia é o princípio da capacidade tributária, que defende um tratamento igualitário entre as partes com capacidade contributiva igual ou desigual. Esse princípio encontra-se expresso no art. 145, §1º da Constituição Federal. Vejamos:

§1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Destarte, por esse princípio, devem ser tratados com igualdade aqueles que tiverem equivalente capacidade contributiva, e com desigualdade os que revelem riquezas diferentes e, portanto, diferentes capacidades de contribuir (AMARO, 2006, p. 136). Assim, os valores pagos pelos contribuintes serão graduados conforme sua capacidade contributiva, um bom exemplo de observância a esse princípio é a estrutura da tabela de IRPF, na qual constam faixas salariais onde o percentual do imposto devido aumenta de acordo com o vencimento que recebe o trabalhador, ou seja, quando maior o salário, maior a alíquota empregada e, conseqüentemente, maior o valor do imposto a ser pago.

A necessidade de proteção ao patrimônio particular deu origem a outro princípio, o princípio da vedação ao confisco. Esse princípio encontra-se expresso no art. 150, IV da CF e estabelece que é vedado à União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios utilizar tributo com efeito de confisco. Sendo assim, é impossível que o contribuinte tenha seus bens confiscados em razão do exercício regular de tributação dos entes federados.

Menciona-se, ainda, que apesar de ser vedado o confisco, o Estado tem procedimentos legais específicos para cobrança de contribuintes inadimplentes, tais como a inscrição em dívida ativa, precedida de notificação, ação de cobrança judicial, negativação do contribuinte inscrito em dívida ativa nos órgãos de proteção ao crédito.

Por fim, menciona-se a imunidade tributária, que embora não seja princípio, também tem condão de limitar o poder do Estado, uma vez que não permite a incidência de tributos sobre determinados órgãos ou entidades

As situações de imunidades estão dispostas na Constituição Federal, mais precisamente no seu art. 150, VI, o qual veda à União, Estados, Distrito Federal e Municípios de instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros, templos de qualquer culto, patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, das entidades sindicais de trabalhadores, de instituições de educação e assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos legais e também de livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

Logo, observa-se que a imunidade tributária também representa uma limitação ao poder de tributar e não deve ser confundida com isenção, pois se trata de outro instituto jurídico, que corresponde a “um favor legal consubstanciado na dispensa de pagamento de tributo devido, isto é, a autoridade legislativa evita que o sujeito passivo da obrigação tributária se submeta ao tributo. Portanto, evita-se o lançamento” (SABBAG, 2008, p. 50).

Por fim, percebe-se que todos os princípios elencados são de fundamental importância, pois agem como limitador do poder estatal, impedindo a ação indiscriminada ou discricionária do Estado, no que tange à cobrança e instituição de tributos. Portanto, são muito relevantes e, sobretudo, princípios que resguardam garantias constitucionais conferidas aos cidadãos, as quais devem continuar intactas, mesmo quando estes cidadãos se encontram na posição de contribuintes.

5 | CONCLUSÃO

O estudo objetivou proporcionar um debate sobre a estrutura do sistema tributário nacional, abrangendo a competência tributária dos entes federados e as limitações ao poder de tributar, a fim de responder se o conhecimento do sistema tributário pelo cidadão lhe confere ou não o empoderamento necessário à fiscalização das atividades do Estado e ao controle social.

Inicialmente, foram abordadas definições de Direito como ciência e de Direito

Tributário como ramo de direito público. Constatou-se que este corresponde a um conjunto de normas jurídicas tributárias voltadas à regulamentação da transmissão de recursos do cidadão (contribuinte) ao Estado, por meio do exercício da tributação. Portanto, o direito tributário regulamenta toda relação que diz respeito à instituição, fiscalização e cobrança de tributos.

Tratou-se, num segundo momento, das definições de tributos, impostos e competência tributária. Além disso, foram analisadas com afinco cada uma das espécies tributárias existentes no ordenamento jurídico brasileiro (impostos: IPTU, ITBI, ITCMD, IPVA, ICMS, II, IE, IPI, IR, IOF, ITR e IGF, taxas, contribuições de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições sociais). Foram identificadas as características essenciais de cada uma dessas espécies, bem como a fundamentação legal que os embasam.

Por fim, foi debatida a questão da limitação ao poder de tributar, a qual corresponde a uma limitação legal, trazida pela própria Constituição Federal e imposta ao Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ao realizar o exercício da tributação. Constatou-se que essa limitação é exposta, na maioria das vezes, através de princípios norteadores do direito e através da imunidade tributária. Foram levantados e debatidos os princípios basilares constitucionais que expressam limitações ao poder de tributar: legalidade, anterioridade, isonomia tributária, interpretação objetiva do fato gerador, capacidade contributiva, vedação ao confisco e a questão das imunidades tributárias.

A partir das ideias levantadas no decorrer do estudo, pode-se concluir que o conhecimento do processo tributário no Estado Democrático de Direito, pelos cidadãos, é essencial para emponderá-los das ferramentas necessárias à fiscalização das atividades estatais e possibilitar o exercício do controle social.

A abordagem realizada no decorrer do estudo leva a crer que os assuntos foram debatidos suficientemente a fim que os objetivos expostos na pesquisa fossem atingidos, a partir da análise do sistema tributário nacional, que é de conhecimento essencial a todos os cidadãos brasileiros.

Portanto, o estudo além de concluir que é imprescindível o conhecimento sobre o tema ora debatido, também proporciona ao leitor (cidadão) a aquisição desse conhecimento jurídico e social, quando da sua ausência. Assim, o cidadão que se mantém bem informado estará, conseqüentemente, mais bem preparado para o exercício do controle social, tanto do poder Executivo quanto Legislativo, a partir da compreensão do processo tributário no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12ª edição. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direito tributário brasileiro**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Nova Letra Gráfica & Editora, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª edição rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 14 mar. 2016.

_____. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**, Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

CASALINO, Vinícius. **Teoria Geral e Direito Constitucional Tributário; Curso de direito tributário e processo tributário**. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIEHL, Astor Antônio; TATIM, Denise Carvalho. **Pesquisa em ciências sociais aplicadas**. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5ª edição. São Paulo: Atlas 1999.

GRECO, Marco Aurelio. A destinação dos recursos decorrentes da contribuição de intervenção no domínio econômico – Cide sobre combustíveis. **Revista Dialética de Direito tributário**, São Paulo, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 19ª edição rev. atual. e ampl. de acordo com as Leis Complementares no 104 e no 105, de 10/1/2001, São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual de direito tributário**. 8ª edição. São Paulo: Editora Atlas S. A, 2009.

_____. **Curso de direito tributário**. 32ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2001.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; Eduardo de Moraes. **Direito Tributário**. 9ª edição. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

SIENA, Osmar. **Metodologia da pesquisa científica: elementos para elaboração e apresentação de trabalhos acadêmicos**. Porto Velho: UNIR, 2007.

VILLEGAS, Hector B. **Curso de finanzas y derecho financiero y tributário**. Buenos Aires: JJCP/MI. 1980.

CAPÍTULO 8

O CREDOR FIDUCIÁRIO E O IPTU: ABORDAGEM SOBRE A SUA LEGITIMIDADE PASSIVA (CONTRIBUINTE E RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO)

Data de aceite: 01/11/2021

Data de submissão: 24/09/2021

Victor Lozovoi Figueiredo de Araújo

Universidade Federal do Amazonas – UFAM,
Faculdade de Direito
Manaus – Amazonas
<http://lattes.cnpq.br/9595476055257854>

Fernanda da Silva Trindade

Universidade Federal do Amazonas – UFAM,
Faculdade de Direito
Manaus – Amazonas

Inara Medeiros Araujo

Universidade Federal do Amazonas – UFAM,
Faculdade de Direito
Manaus – Amazonas
<http://lattes.cnpq.br/4306038134676685>

Karolyne Vitória Nunes Costa

Universidade Federal do Amazonas – UFAM,
Faculdade de Direito
Manaus – Amazonas
<http://lattes.cnpq.br/3227773383016673>

Luiz Paulo da Silva Taveira

Universidade Federal do Amazonas – UFAM,
Faculdade de Direito
Manaus – Amazonas
<http://lattes.cnpq.br/6404361086168607>

Melissa Cristina Silva de Macedo

Universidade Federal do Amazonas – UFAM,
Faculdade de Direito
Manaus – Amazonas
<http://lattes.cnpq.br/6497374778046008>

Paloma Duarte da Silva

Universidade Federal do Amazonas – UFAM,
Faculdade de Direito
Manaus – Amazonas
<http://lattes.cnpq.br/2989463417044296>

Thayse Pinto da Silva

Universidade Federal do Amazonas – UFAM,
Faculdade de Direito
Manaus – Amazonas
<http://lattes.cnpq.br/2514193088412116>

Ananias Ribeiro de Oliveira Júnior

Universidade Federal do Amazonas – UFAM,
Faculdade de Direito
Manaus – Amazonas
<http://lattes.cnpq.br/1529857050081414>

RESUMO: O presente artigo busca esclarecer se, através de negócio contratual que prevê a Alienação Fiduciária de um bem imóvel, em razão do que dita a Lei nº 9.514/97, legislação especial que regula o tema na esfera cível, o Credor fiduciário pode ser levado a figurar como sujeito passivo de obrigações de ordem tributária do IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano) e, conseqüentemente, se também pode legitimamente figurar como polo passivo de ações para Execuções Fiscais de cobrança do citado tributo pelo ente municipal. Neste ínterim, para melhor entendimento, mas sem esgotar o tema em questão, serão trazidos conceitos gerais sobre: O instituto da Alienação Fiduciária de bens imóveis e o credor fiduciário; O Imposto Predial Territorial Urbano e seus principais aspectos; As características do sujeito passivo

na relação obrigacional tributária do Imposto Predial Territorial Urbano e; A Legitimidade passiva do credor-fiduciário nas Ações de Execução Fiscal. Em sequência, para finalizar, serão apresentados os principais entendimentos jurisprudenciais sobre o tema, levando ao debate o que já determina os tribunais superiores e demais câmaras cíveis no país sobre quem realmente é parte legítima para figurar no polo passivo de demandas que visem à execução de débitos tributários inadimplidos, que remetam a época em que o devedor fiduciante exercia a posse direta sobre a coisa.

PALAVRAS-CHAVE: Sujeito passivo, contribuinte, IPTU, Credor fiduciário. Execução Fiscal.

ABSTRACT: This article seeks to clarify whether, through a contractual transaction that provides for the Fiduciary Sale of an immovable property, pursuant to Law No. 9,514/97, special legislation that regulates the matter in the civil sphere, the Trustee can be taken to appear as a passive subject of tax obligations of the IPTU (Urban Territorial Property Tax) and, consequently, one can also legitimately appear as a passive pole of actions for Tax Enforcement of collection of the aforementioned tax by the municipal entity. In the meantime, for a better understanding, but without exhausting the topic in question, general concepts will be brought about: The Institute of Fiduciary Alienation of real estate and the trustee; The Urban Land Property Tax and its main aspects; The characteristics of the taxpayer in the obligatory tax relationship of the Urban Land Property Tax and; The passive legitimacy of the fiduciary creditor in Tax Enforcement Actions. Then, to conclude, the main jurisprudential understandings on the subject will be presented, leading to debate what already determines the superior courts and other civil chambers in the country about who is really a legitimate party to appear in the defendant's side of demands aimed at the execution of defaulted tax debts, which refer to the time when the trustee-debtor exercised direct possession of the thing.

KEYWORDS: Taxpayer, Taxpayer, IPTU, Trustee. Tax Enforcement.

1 | INTRODUÇÃO

Foi, pelo menos no que tange às obrigações jurídicas, que o Código Civil de 2002 estabeleceu diversas espécies de garantias para assegurar que o compromisso firmado pelas partes, legítimo e por força da própria vontade, fosse devidamente adimplido, mesmo em razão de um descumprimento. Entre essas espécies de garantias especiais, destaca-se de pronto a Alienação Fiduciária de Bens Imóveis.

Desde a instituição do Plano Real e a estabilização da economia do país em meados da década de 90, houve procura incessante por métodos que permitissem o sucessivo e exponencial desenvolvimento econômico brasileiro. A Alienação Fiduciária de Bens Imóveis, inserida no ordenamento pela Lei 9.514/97, foi um divisor de águas nessa busca por crescimento, especialmente no que se refere ao mercado imobiliário. Com essa norma, os credores passaram a se sentir mais confiantes no investimento e no financiamento para obras de moradia à população em geral, já que teriam ao seu dispor meios de mitigar perdas e restabelecer seus valores aplicados, ou pelo menos parte deles, em tempo bem menor quando posto em comparação com as garantias típicas que dispunha o direito pátrio

à época. E a partir daí, a Alienação Fiduciária acabou se tornando comum nos contratos de compra e venda de imóveis, podendo-se dizer que participou ativamente do crescimento do setor construtivo brasileiro neste século, gerando emprego, renda e desenvolvimento nos mais variados setores da economia nacional.

Há de se acrescentar que, em anos recentes, vem se desenrolando debates acalorados sobre legitimidade dos credores fiduciários figurando nos polos passivos das ações de Execuções Tributárias Cobrança de dívidas de Condomínios, em razão das características que a Lei 9.514/97 lhes tenta atribuir. Nos últimos anos, os entendimentos foram tão conflituosos que os tribunais superiores precisaram se posicionar sobre o tema e dirimir a contenda.

Desta forma, este trabalho almeja, sem pretensão de exaurir a temática, analisar o que preceitua a doutrina e entende a jurisprudência sobre o credor fiduciário como sujeito passivo nos casos de Alienação Fiduciária em garantia de bens imóveis, juntamente, com as legislações atenienses ao assunto. O presente trabalho será dividido em 4 partes. A primeira parte trará um apanhado geral sobre o instituto da Alienação Fiduciária e de seus sujeitos, o credor fiduciário principalmente. Será exposto, de forma resumida, a origem, conceituação doutrinária e legal e a natureza do negócio jurídico.

A segunda parte se concentra no IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano). Serão vistos os elementos básicos, aspecto material e subjetivo, a natureza propter rem do IPTU.

Na terceira parte, será analisada as prerrogativas conferidas ao credor-fiduciário na formação do negócio fiduciário poderia lhe caracterizar como sujeito passivo do IPTU de acordo com o Código Tributário Nacional e, se é legítimo o ajuizamento de Execuções Fiscais em face do credor fiduciário.

Por último, a quarta parte traz os principais entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema. Não obstante, será apresentada a conclusão acerca da Legitimidade Passiva, recentemente atribuídas ao credor fiduciário, bem como suas repercussões futuras no âmbito jurídico social brasileiro.

21 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: ASPECTOS GERAIS DA GARANTIA DE OBRIGAÇÃO CIVIL

A Alienação Fiduciária de coisa imóvel, instituída pela Lei 9.514/97, tem seu conceito no Art. 22 da referida lei, conforme disposto a seguir:

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel. (grifo nosso)

Em resumo, trata-se de um recurso que visa aumentar a probabilidade de o credor receber seu pagamento, pois o devedor transfere ao credor, até que seja feito o pagamento da dívida, a propriedade do bem de que pretende adquirir ou que será garantia da operação.

Importante destacar a questão da posse e propriedade, tratada na referida lei. Apesar da propriedade do bem ficar alienada à empresa a qual fora constituído o empréstimo, a posse do referido bem pertence ao devedor. Sendo assim, a título de exemplo, alguém que venha a alienar uma casa, poderá continuar morando na mesma, pois detêm a posse do imóvel, vindo a poder perder o bem caso ocorra inadimplência

Ainda, conforme o respectivo artigo, a contratação da alienação fiduciária não se restringe apenas a pessoas físicas, estendendo-se às pessoas jurídicas, não sendo, ainda, privativa das entidades que operam no Sistema Financeiro Imobiliário – SFI, constantes no Art. 2º da referida lei, quais sejam: caixas econômicas, os bancos comerciais, os bancos de investimento, os bancos com carteira de crédito imobiliário, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias e, a critério do Conselho Monetário Nacional - CMN, outras entidades.

Importante ainda destacarmos o disposto na parte final do § 1º do artigo em estudo, bem como em seus incisos:

Art. 22.

[...]

§ 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:

I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;

II - o direito de uso especial para fins de moradia;

III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação;

IV - a propriedade superficiária;

Logo, observa-se que a Alienação Fiduciária poderá ter como objeto outras quatro hipóteses além da propriedade plena, conforme incisos em questão. Importante destacar que havia mais uma hipótese, prevista pela Medida Provisória 700/2015, qual seja “V – os direitos oriundos da imissão provisória na posse, quando concedida à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou às suas entidades delegadas, e respectiva cessão e promessa de cessão”, contudo, a mesma não detém mais vigência, estando válidas apenas as hipóteses constantes nos incisos I a IV do referido artigo. Por fim, importante destacar que os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do § 1º do artigo em questão ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado, conforme §2º.

Para que seja constituída, de fato, a propriedade fiduciária de coisa imóvel, deverá ser efetivado o registro do contrato que lhe sirva de título mediante o competente o Registro de Imóveis competente, devendo o contrato em questão respeitar o disposto no Art. 24 desta lei, o qual dispõe dos requisitos formais a serem cumpridos.

Logo, é neste momento que se cria, de fato, a pessoa do credor fiduciário. Em um breve resumo, Credor Fiduciário, ao nosso entendimento, seria este aquele que, por meio de um contrato registrado no Registro de Imóveis Competente, respeitando todas os seus requisitos, firma com um Devedor Fiduciário um negócio jurídico em que o devedor detém a posse de coisa imóvel, ficando, contudo, a propriedade para o Credor, até que sejam quitadas todas as dívidas relacionadas ao contrato.

Para finalizar a questão do Credor Fiduciário, importante observarmos problemática que tem surgido no âmbito judicial em relação ao credor judiciário, quando o mesmo ingressa com ação judicial ao invés dos procedimentos extrajudiciais:

Recuperação judicial - Ajuizamento de execução individual - Renúncia à garantia fiduciária em relação à cédula de crédito bancário e Instrumento Particular de Confissão de Dívida - Caracterização - Créditos que devem ser habilitados como quirografários - Decisão reformada - Recurso provido

(TJSP, AI 2197310-53.2018.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Fortes Barbosa, julg. 7.11.2018, grifo nosso)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS. DECISÃO QUE REJEITOU A IMPUGNAÇÃO AO CRÉDITO APRESENTADA PELAS RECUPERANDAS. HIPÓTESE DE ACOLHIMENTO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE EXECUÇÃO PELO CREDOR. RENÚNCIA À GARANTIA FIDUCIÁRIA QUE É INEQUÍVOCA NO CASO CONCRETO. CRÉDITO ASSUME NATUREZA QUIROGRAFÁRIA. EXTRACONCURSALIDADE PREVISTA NO ART. 49, §3º, LEI Nº 11.101/05, AFASTADA. ART. 66-B, §5º, LEI Nº 4.728/65, E ART. 1.436, III E §1º, CC. RECURSO PROVIDO.

(TJSP, AI 2100475-37.2017.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, julg. 26.3.2018, grifo nosso)

Observa-se, aqui, a interpretação errônea quanto a renúncia à garantia fiduciária. Tais precedentes, ao nosso entendimento, não observaram o diálogo das fontes, juntando a interpretação da Lei 9.514/97, em seus Artigos 26 e 27, e o CPC, em seu Artigo 835, XII, o qual prevê expressamente que a penhora poderá se dar sobre “direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia”. Sendo assim, errôneo o entendimento da renúncia tácita ao ajuizar ação de execução contra o devedor fiduciante objetivando a penhora dos direitos aquisitivos deste justamente sobre o bem que havia sido dado em garantia fiduciária. A segurança jurídica, por si só, poderia servir como respaldo para o ajuizamento da ação, sem que houvesse a perda de outros direitos, bem como o credor busca utilizar uma só medida para atingir outros bens do patrimônio do devedor fiduciante, além daquele dado em garantia fiduciária.

2.1 O credor fiduciário

Desta forma, a alienação fiduciária, prevista pelo art. 1.361 do Código Civil, confere um direito de garantia, mediante o qual o devedor é proprietário do bem e transfere a coisa ao credor com a intenção de fiança, até que haja o pagamento integral da dívida.

O credor fiduciário, detém assim a concessão temporária da propriedade sob a condição resolutiva, a relevância de aludida garantia no âmbito do direito tributário reside em face da titularidade da propriedade e da posse indireta do imóvel, levantando o questionamento, se este credor pode ser apontado como contribuinte e responsável tributário do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial urbana – IPTU.

O Código Tributário Nacional estabelece em seu art. 34 que “contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título”, mesmo a legislação sendo ampla, ao definir o “possuidor” daquele imóvel, a Lei nº 9.514/1997, que trata da alienação fiduciária de imóveis, expressamente estabelece que a responsabilidade pelo pagamento de impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, seriam de responsabilidade do devedor fiduciante, vide o texto do art. 27 § 8º:

Art. 27

[...]

§ 8º. Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse.

Assim, compreende-se que a responsabilidade apenas cessa quando o devedor fiduciante perde a posse direta do imóvel em decorrência do estabelecimento da propriedade em nome do credor fiduciário, em razão do inadimplemento da dívida, desta forma considera-se que o credor fiduciário só deveria ser responsabilizado pelas despesas incidentes, como o IPTU, caso realmente for consolidado a sua posse, tendo direito real sobre o imóvel. Ocorre que tem suscitado na justiça, casos de credores fiduciários que estão sendo demandados pelos Municípios, em virtude da existência de lei municipal que atribui responsabilidade tributária ao possuidor indireto, tribunais tem perfilhado o entendimento de que o credor fiduciário é legitimado para figurar no polo passivo conjuntamente com o proprietário, neste cenário será analisado possibilidade do afastamento da cobrança ou a efetivação da responsabilidade tributária do credor fiduciário quanto a sua legitimidade passiva.

3 | IPTU (IMPOSTO PREDIAL TERRITORIAL URBANO): ASPECTOS GERAIS

O IPTU, Imposto sobre a Propriedade Predial Territorial Urbana, possui sua constitucionalidade prevista no art. 156, inciso, da Constituição Federal de 88, que também demonstra a competência tributária dos municípios, e é regido pelo Código Tributário Nacional, em seus artigos 32 a 34.

Ao analisar o art. 32 do CTN, é concluído que o fato gerador do IPTU é a propriedade predial e territorial urbana. Portanto, em regra, apenas imóveis localizados em zonas

urbanas teriam a incidência do imposto.

O significado de zona urbana é exposto em seguida, por meio do § 1º, e é “definida em lei municipal, observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em, pelo menos, dois dos itens seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

Art. 32[...]

§ 1º

[...]

I – meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II – abastecimento de água;

III – sistema de esgotos sanitários;

IV – rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V – escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

Ademais, nos termos do § 2º, o município pode instituir zonas urbanizáveis ou de expansão urbana, contudo, nessa situação, não é necessário obedecer aos itens dispostos no parágrafo anterior.

Aqui, insta salientar, que conforme previsão do art. 15 do Decreto Lei 55/66, é possível que imóvel dentro de uma zona urbana, tenha destinação rural, incidindo, logo, não o IPTU, mas o ITR:

Art 15. O disposto no art. 32 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não abrange o imóvel de que, comprovadamente, seja utilizado em exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agro-industrial, incidindo assim, sobre o mesmo, o ITR e demais tributos com o mesmo cobrados. (Revogação suspensa pela RSF nº 9, de 2005)

Em seguida, o art. 33 dispõe sobre o aspecto quantitativo do IPTU, estabelecendo que a base de cálculo é o valor venal do imóvel, ou seja, o valor comercial:

Art. 33. A base do cálculo do imposto é o valor venal do imóvel.

Parágrafo único. Na determinação da base de cálculo, não se considera o valor dos bens móveis mantidos, em caráter permanente ou temporário, no imóvel, para efeito de sua utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade.

Entretanto, essa determinação numérica somente é instituída após uma avaliação, já que cada imóvel é distinto, possuindo suas peculiaridades.

A base de cálculo do imposto sobre bens imóveis edificados será composta pela soma do valor venal do imóvel com o valor venal da construção, enquanto a base de cálculo para imóveis não-edificados é composta apenas pelo valor venal do imóvel.

Outro aspecto relevante para o estudo do IPTU é o temporal, e pela determinação do Sistema Tributário Brasileiro, este imposto deve ser cobrado anualmente pelos municípios,

que de acordo com o art. 144, pode estabelecer o momento em que o fato gerador ocorre.

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Em regra, o IPTU incide no dia 1º de janeiro, coincidindo com o início do ano fiscal. Adentrando nos sujeitos ativo e passivo, atende os Municípios e o Distrito Federal, uma vez que são os responsáveis, mediante a edição de lei ordinária municipal, ao estabelecimento ou isenção do IPTU.

Destaca-se que, tratando-se do Distrito Federal, o IPTU será instituído pelo próprio. No entanto, conforme dicção do artigo 147, parte final da Constituição Federal, no caso do referido imposto ser instituído por um hipotético território não dividido em Municípios, a competência será da União através de uma lei ordinária federal. Acerca do sujeito passivo, como será destrinchado posteriormente, está previsto no art. 34 do CTN que é o titular do domínio útil ou o possuidor do imóvel.

3.1 IPTU dos imóveis financiados

Agora que se têm uma visão ampla de IPTU e também de credor fiduciário, necessitamos adentrar um pouco mais no tema para tratarmos da relação do primeiro com os imóveis financiados.

Retomando ao Art. 34 do Código Tributário Nacional em que se tem o proprietário ou o possuidor do bem imóvel como responsáveis pelo IPTU, verifica-se que na realidade, alguns municípios estão endereçando as cobranças desse tributo específico não apenas para aquele que tem a posse direta sobre o imóvel mas também à instituição financeira financiadora, na figura de proprietária fiduciária e possuidora indireta daquele imóvel.

Entretanto, além do Art. 34 do CTN, precisamos nos atentar também ao §8 do Art. 27 da Lei nº 9.514/1997 – incluído pela Lei nº 10.931/2004 –, que regula a alienação fiduciária de imóveis e expressamente determina a responsabilidade do devedor fiduciante pelo pagamento de impostos, contribuições condominiais ou qualquer outro encargo que venha a recair sobre o imóvel. De forma que, essa responsabilidade apenas se extingue quando o devedor fiduciante perde a posse direta do imóvel em razão do inadimplemento da dívida.

Apesar disso, verifica-se que tradicionalmente o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é de que o credor fiduciário não era considerado responsável pelo IPTU, já que a propriedade resolúvel existiria apenas para o fim de garantia, não apresentando então os direitos de usar, gozar ou dispor do bem em questão. É um caso de posse indireta em que não se tem como objetivo a aquisição da propriedade, ou seja, não existe o *animus domini*. Atualmente a jurisprudência vem decidindo de maneira diversa como veremos mais à frente.

4 I LEGITIMIDADE PASSIVA

A relação tributária, como toda relação jurídica, possuidor indireto se dá entre dois sujeitos, ativo e passivo, credor e devedor, respectivamente. A conexão de ambas as partes com o elemento objetivo da hipótese de incidência de um tributo perfaz o elemento subjetivo do mesmo, determinando o sujeito ativo e estabelecendo os critérios para a fixação do sujeito passivo.

O sujeito ativo da obrigação tributária seria o ente público titular da competência para exigir o seu cumprimento dessa obrigação, nos termos do Art. 119 do Código Tributário Nacional, in verbis:

Art. 119. Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento.

De outro lado, o sujeito passivo da obrigação tributária, devedor da relação jurídica, é o contribuinte obrigado ao pagamento do tributo, quando tiver relação pessoal e direta com a situação que constitua conforme aduz o Art. 121 do Código Tributário Nacional:

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.

Especificamente acerca do IPTU, o Art. 34 do Código Tributário Nacional dispõe expressamente que o sujeito passivo do referido tributo é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor, conforme se nota:

Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Da análise do referido artigo se extrai a indicação de vários possíveis sujeitos passivos da obrigação tributária, evidenciando a solidariedade passiva do referido tributo, legalmente prevista no Art. 124 do Código Tributário Nacional:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Como se verifica, a solidariedade tributária pode existir sob duas formas: a primeira, identificada como solidariedade natural, está prevista no inciso I do artigo supracitado, e

determina a solidariedade passiva sempre que mais de uma pessoa tenha interesse no fato gerador da obrigação tributária; a segunda, identificada como solidariedade passiva legal, está prevista no inciso II, e determina a solidariedade passiva nos casos em que a legislação prever a sua ocorrência de maneira expressa.

Com relação ao IPTU, levando em conta a disposição expressa do Art. 34 do Código Tributário Nacional, tendo indicado vários possíveis sujeitos passivos da obrigação tributária, resta claro que a solidariedade com relação a esse tributo seria a solidariedade legal.

Restando claro a legitimidade passiva com relação ao pagamento do IPTU de ambos os possuidores e proprietários do imóvel, cabe uma reflexão quanto a sistemática dessa obrigação tributária especificamente nos casos em que o imóvel foi alienado fiduciariamente.

Conforme já exposto, o imóvel objeto de um contrato de alienação fiduciária continua sendo de propriedade do credor fiduciário até a efetiva quitação do financiamento, apesar de a posse ser transferida ao devedor fiduciante após a assinatura do contrato. Desse modo, cria-se uma situação específica, onde o imóvel possui um possuidor direto que não é proprietário do bem, e um proprietário do bem que é possuidor indireto do imóvel.

Isto porque, pelo contrato de alienação fiduciária, o devedor fiduciante transfere ao fiduciante a propriedade do bem imóvel, passando o credor fiduciário a ser o proprietário do imóvel objeto da tributação, e por conseguinte, o contribuinte do IPTU, conjuntamente com o devedor fiduciante, nos termos do Art. 34 do Código Tributário Nacional.

Cabe ressaltar que o credor fiduciário possui a propriedade resolúvel do bem desde o registro do contrato de alienação fiduciária no cartório de imóveis, nos termos do Art. 23 da Lei nº 9.514/97:

Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

Destaca-se ainda que o objetivo da alienação fiduciária é a transferência da propriedade, nos termos do Art. 22, §1º da Lei nº 9.514/97:

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

§1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:

I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;

II - o direito de uso especial para fins de moradia;

III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação;

IV - a propriedade superficiária.

Desse modo, tendo a transferência de propriedade como objetivo claro do contrato de alienação fiduciária, a transferência das obrigações *propter rem* é inevitável, e considerando que o Art. 130 do Código Tributário Nacional determina a caracterização do IPTU como tributo de natureza *propter rem*, o credor fiduciário inevitavelmente configura a relação jurídico-tributária como sujeito passivo.

Assim, considerando que nos termos do Art. 32 do Código Tributário Nacional, o fato gerador do IPTU é a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel, pode-se inferir que o credor fiduciário deve ser considerado um dos sujeitos passivos da obrigação tributária referente ao IPTU, por consequência, podendo figurar como polo passivo da ação de execução fiscal, restando clara sua legitimidade para tal.

5 | ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Em primeiro plano, quanto ao entendimento dos Tribunais Superiores do tema em questão, insta salientar o que determina a Súmula 399 do STJ, vejamos:

Sum. 399 - Cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU.

Ou seja, o entendimento desta Corte é no sentido de que o promitente comprador é legitimado para figurar no polo passivo conjuntamente com o proprietário, qual seja, aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis, em demandas relativas à cobrança do IPTU. E, assim, cabe, ao legislador municipal, eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando qualquer das situações previstas no CTN.

A controvérsia do tema em questão, qual seja, a atribuição de legitimidade passiva do credor fiduciário seria, primeiro, em razão da aplicação à espécie do disposto no artigo 27, § 8, da Lei n 9.514/97, que alguns alegam ser exceção à regra prevista no artigo 123 do Código Tributário Nacional. Nesse sentido, entendeu o Ministro Humberto Martins:

“[...] houve equívoco na interpretação da norma. Com a devida vênia, não se pode concluir que o artigo 27, parágrafo 8º, da Lei 9.514/97 seja uma exceção à determinação contida no artigo 123 do Código Tributário Nacional. A começar pela ordem hierárquica das leis, uma Lei Ordinária (Lei 9514/1997) não pode contrariar uma disposição reservada a Lei Complementar (Código Tributário Nacional), sob pena de flagrante inconstitucionalidade. As convenções particulares, de acordo com o Código Tributário Nacional, são inoponíveis à Fazenda Pública.

Eventual exceção deve ser objeto de lei complementar e não admitiria mudança por lei ordinária. Isso porque, o artigo 146, inciso III, alínea a, da Constituição Federal dispõe que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados na própria Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e

contribuintes.

Ora, se apenas a lei complementar pode dispor a respeito de fatos geradores, bases de cálculo e contribuinte, a lei ordinária nº 9.514/1997 não poderia inovar e alterar a questão do sujeito passivo do IPTU nos contratos de alienação fiduciária.

Por conclusão, eventual exceção à regra do artigo 123 do Código Tributário Nacional que objetivasse alterar o sujeito passivo do tributo só poderia ser feita por lei complementar (fls. 49-50)."

Quanto à solução desta questão, o entendimento do Tribunal Superior de Justiça é quase uníssono ao se manifestar quanto a impossibilidade de cabimento de Recurso Especial para dirimir a questão do aparente conflito entre a Lei 9.514/97 e o Código Tributário, tendo em vista que o conflito de normas seria de natureza Constitucional, note-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. CREDOR FIDUCIÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. QUESTÃO DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. ALÍNEA "C" PREJUDICADA.

1. In casu, embora se alegue ofensa a dispositivo de lei federal, o agravante sustenta que o parágrafo 8º do artigo 27 da Lei 9.514/1997 não afronta o estabelecido pelo artigo 146, inciso 111, da Constituição Federal (fl. 168, e-STJ). Verifica-se o caráter constitucional da demanda.
2. Não é possível o exame da matéria pelo STJ, sob pena de usurpação da competência do STF.
3. Fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.
4. Agravo conhecido para não se conhecer do Recurso Especial.

Insta salientar, que do exame do Recurso Especial nº 1.837.704-DF, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu em caso análogo relativo ao Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) que na aquisição de imóveis com alienação fiduciária em garantia, o imposto incide apenas sobre a compra e venda propriamente dita, e não sobre a simultânea constituição da propriedade fiduciária em nome da instituição financeira ou da incorporadora que concede o crédito. Note-se:

"Na transferência de imóvel pela compra e pela venda feitas com alienação fiduciária, há incidência do ITBI em razão da compra e venda, mas não há incidência do ITBI sobre o direito real de garantia oriundo do pacto acessório de alienação fiduciária, porquanto legalmente excetuado como hipótese de incidência (art. 156, II, CF; art. 35, II, CTN). Em outras palavras, em operações triangulares, em que existe uma instituição financeira, o vendedor transfere ao comprador a propriedade plena (com incidência do ITBI), e então o comprador, agora devedor fiduciante, entrega ao banco, credor fiduciário, a propriedade fiduciária (nessa operação não há o pagamento do citado tributo, pois se trata de transmissão do direito real de garantia, que é hipótese de

exclusão tributária). Em operações diretas, sem intermediação de instituição financeira, o ITBI incide sobre a compra e a venda feitas entre vendedor e comprador e não sobre a constituição da garantia.”

No mais, o entendimento do STJ parece se dar no sentido de que a propriedade resolúvel do imóvel é inicialmente transferida ao credor fiduciário apenas para fins de garantia do débito, sem que ocorra a transferência dos atributos inerentes ao direito de propriedade, com base no que dispõe o Art. 32 e 34 do CTN. Por esse motivo, o credor fiduciário não é sujeito passivo do IPTU incidente sobre o imóvel, a menos que ocorra o inadimplemento da dívida e a consolidação da propriedade, observe-se:

“A responsabilidade do credor fiduciário pelo pagamento das despesas condominiais dá-se quando da consolidação de sua propriedade plena quanto ao bem dado em garantia, ou seja, quando de sua imissão na posse do imóvel.”

Em contrapartida, alguns Tribunais, como o de São Paulo, decide de maneira oscilante quanto a esta controvérsia de maneira a decidir pela condenação de instituições financeiras ao pagamento do IPTU, sob o fundamento de que a credora fiduciária seria a proprietária do imóvel, bem como que o artigo 27, §8º, da Lei 9.514/97 faria lei apenas entre os contratantes e, portanto, não se opõe ao Fisco.

Por outro prisma, o Supremo Tribunal Federal, manifestou-se recentemente acerca do tema, em sede de Recurso Extraordinário nº 1.320.059/SP, no qual fora analisado a Repercussão Geral da controvérsia posta em análise de maneira que o Tribunal, por maioria, reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão, por não se tratar de matéria constitucional. Destaca-se o entendimento do Relator:

“Da análise dos autos, observo que a controvérsia foi solucionada pelo Tribunal de origem unicamente mediante interpretação da Lei 9.514/1997, do Código Tributário Nacional e do Código Civil, não havendo questão constitucional a ser submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal. [...]Assim, concluir diversamente do acórdão recorrido sobre a legitimidade do credor fiduciário para constar no polo passivo de execução fiscal de IPTU incidente sobre imóvel objeto de alienação fiduciária demandaria a interpretação de legislação infraconstitucional (Código Tributário Nacional, Código Civil e Lei 9.514/1997).”

Note-se que o SFT já havia dirimido a questão em Decisões anteriores na qual foi entendido pela infraconstitucionalidade do tema, note-se:

“Os recursos extraordinários somente serão conhecidos e julgados, quando essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem analisadas, sendo imprescindível ao recorrente, em sua petição de interposição de recurso, a apresentação formal e motivada da repercussão geral, que demonstre, perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares. A obrigação do recorrente em apresentar formal e motivadamente a preliminar de repercussão geral, que demonstre sob o ponto de vista

econômico, político, social ou jurídico, a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigência constitucional e legal (art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do CPC/2015), não se confunde com meras invocações desacompanhadas de sólidos fundamentos no sentido de que o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário econômico, político, social ou jurídico, ou que não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide, muito menos ainda divagações de que a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é incontroversa no tocante à causa debatida, entre outras de igual patamar argumentativo. [...]”

Ou seja, nota-se que quanto ao mérito, a matéria não tem sido enfrentada tendo em vista que, em regra, os recursos dirigidos aos Tribunais Superiores têm sido rejeitados, por questões processuais, já que o Superior Tribunal de Justiça entende que não cabe analisar a matéria por ter natureza constitucional frente ao conflito de normas enquanto o Supremo Tribunal Federal entende que não cabe a análise da matéria por comportar reanálise de Lei Infraconstitucional, mantendo-se a decisão de origem, seja ela em favor ou contra a cobrança do IPTU junto aos credores fiduciários.

6 | CONCLUSÃO

A Alienação Fiduciária de coisa imóvel, instituída pela Lei 9.514/97, é portanto um negócio jurídico que visa favorecer o credor, uma vez que o devedor faz a transferência de um bem como garantia até o encerramento da dívida, não abrindo mão de sua posse. Como citado é um instrumento que não é restringido à pessoa física, podendo também ser utilizada pelas pessoas jurídicas que atuam no Sistema Financeiro Imobiliário – SFI, conforme o art. 2º da lei supracitada.

Importante salientar que a pessoa do credor fiduciário é gerada com o registro do contrato de transferência da propriedade do bem imóvel mediante o competente o Registro de Imóveis competente.

Após criadas as pessoas do credor e do devedor fiduciário, gerou-se então questionamentos acerca das obrigações do credor em relação ao imóvel que lhe foi transferido. Tais dúvidas giravam em torno do questionamento da obrigação do novo proprietário nas contribuições referentes ao tributário do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial urbana – IPTU.

A Lei 9.514/97 em seu art. 27, deixa clara a responsabilidade do devedor fiduciário de arcar com os impostos referentes ao bem, uma vez que é o detentor da posse. Conseqüentemente, só recairia a obrigação sobre o credor nas ocasiões em que o titular da dívida viesse a perder a posse do imóvel em razão de seu inadimplemento.

Mesmo sendo este o entendimento gerado pela Lei que instituiu o instrumento da Alienação Fiduciária, tornou-se comum casos em que os tribunais consideram o possuidor indireto pessoa legítima para o pagamento do IPTU mesmo que não possua a posse do bem.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: <[https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI & numero=5172\ ano= 1966\ ato=d1dcXRE1UMZRVTabd](https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=5172&ano=1966&ato=d1dcXRE1UMZRVTabd)>. Acesso em: 10 de Setembro de 2021.

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm>. Acesso em: 11 de Setembro de 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 19 de Setembro de 2021

Credor Fiduciário que ingressa com ação de execução renuncia a garantia. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/302261/credor-fiduciario-que-ingressa-com-acao-de-execucao-renuncia-a-sua-garantia>> Acesso em: 24 de Setembro de 2021.

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA E PANDEMIA: UM BREVE ESTUDO SOBRE OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE E DO NEGACIONISMO

Data de aceite: 01/11/2021

Data de submissão: 04/08/2021

Francisco José Tavares da Rocha

Acadêmico de Direito no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e de Gestão de Políticas Públicas na Universidade de Brasília

Marcelo Ioris Köche Júnior

Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo IDP. Especialista em Direito Constitucional. Diretor Adjunto de Projetos Acadêmicos do GPEC/IDP. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional do IDP. Professor de Direito Administrativo e Tributário no Centro Universitário da Grande Dourados-UNIGRAN

RESUMO: O presente trabalho¹ tratou da gestão da pandemia, com foco na atuação do Presidente do Brasil Jair Messias Bolsonaro. O objetivo central do trabalho foi analisar em que medida a política negacionista adotada pelo Chefe do Poder Executivo Federal influenciou no alto índice de mortes no Brasil durante o ano 1 da pandemia do novo coronavírus. Adotou-se como metodologia de pesquisa o método de abordagem indutiva e o método de procedimento de análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e análise do discurso público empregado pelo Presidente Jair Bolsonaro durante o primeiro ano da pandemia. Verifica-se que há indícios

que o Presidente Bolsonaro atuou de forma omissiva no enfrentamento do novo coronavírus em território brasileiro sem observar os limites do poder discricionário, visto que adotou uma postura negacionista quanto à gravidade do vírus e não observou as normas e critérios científicos e técnicos definidos pelas organizações de saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Administrativa; Pandemia; Discricionariedade; Negacionismo.

ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY AND PANDEMICS: A BRIEF STUDY ON THE LIMITS OF DISCRETION AND DENIALISM

ABSTRACT: The present work dealt with the management of the pandemic, focusing on the role of the President of Brazil Jair Messias Bolsonaro. The main objective of the study was to analyze to what extent the denial policy adopted by the Head of the Federal Executive Power influenced the high rate of deaths in Brazil during year 1 of the new coronavirus pandemic. The research methodology adopted was the inductive approach method and the Supreme Court (STF) jurisprudence analysis procedure method and analysis of the public discourse used by President Jair Bolsonaro during the first year of the pandemic. It appears that there is evidence that President Bolsonaro acted negligently in dealing with the new coronavirus in Brazilian territory without observing the limits of discretionary power, since he adopted a denial stance regarding the severity of the virus and did not observe the scientific norms and criteria and technicians defined by health organizations.

¹ Trabalho apresentado anteriormente no III Evento Virtual do CONPEDI.

KEYWORDS: Administrative Responsibility; Pandemic; Discretion; Denialism.

1 | INTRODUÇÃO

O novo coronavírus² é uma doença infecciosa respiratória semelhante à gripe que apresenta sintomas leves como tosse, dor de garganta e febre. No entanto, o vírus pode ser letal e sua rápida proliferação pode ocasionar o congestionamento da rede hospitalar e agravar o número de mortes por falta de leitos de UTI e de atendimento médico. Nesse cenário epidemiológico, cabe ao gestor público adotar medidas estratégicas de contenção do vírus para evitar o caos no país.

Defronte disso, será demonstrado no presente artigo que o Presidente do Brasil Jair Bolsonaro, desde o início da pandemia, vem adotando uma estratégia negacionista, em que busca minimizar ou até mesmo negar os impactos do vírus na sociedade. Por conseguinte, a adoção de atos negligentes no combate ao vírus como a negação da vacina, o atraso nos repasses de recursos para enfrentar o vírus e a promoção de tratamentos precoces sem comprovação científica, evidenciam o padrão negacionista e a omissão do Presidente para enfrentar a crise sanitária.

Nota-se que tais atos negacionistas adotados pelo Presidente da República ultrapassam o limite do poder discricionário e representam uma postura arbitrária. Visto que, todos os atos praticados pelos agentes públicos devem apresentar um viés constitucional e priorizar pelo interesse público.

Nesse cenário epidemiológico, nota-se que o vírus tomou uma proporção sem precedentes no Brasil, por consequência da política negacionista e pelas omissões adotadas pelo Presidente. Diante disso, aponta-se que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar ações diretas de inconstitucionalidade, que têm como objeto de impugnação a Medida Provisória 966/2020, decidiu que o descumprimento de critérios científicos e normas apresentadas por organizações de saúde configura-se erro grosseiro e o gestor poderá sofrer punições por não observar as recomendações das organizações de saúde e os princípios constitucionais de precaução e prevenção.

O presente artigo visa apresentar as estratégias adotadas pelo Presidente Jair Bolsonaro diante do cenário epidemiológico acarretado pelo novo coronavírus e avaliar os atos administrativos adotados pelo governo que agravaram a crise sanitária no Brasil. A fim de questionar se tais estratégias foram adotadas à luz do interesse público, quando não, se podem ocasionar a responsabilização administrativa do agente público.

2 É válido esclarecer que o presente artigo utilizará algumas nomenclaturas para a doença. Cita-se como exemplo: novo coronavírus; Covid-19; SARS-CoV-2; etc.

21 A GESTÃO GLOBAL DA PANDEMIA

O primeiro alerta à Organização Mundial de Saúde (OMS) sobre uma série de casos de pneumonia de origem desconhecida na cidade de Wuhan, na China, ocorreu em meados de dezembro de 2019. No mês seguinte, em 30 de janeiro de 2020, a OMS declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII)³ devido à grande proporção que o vírus havia tomado.

Nesse primeiro cenário com a declaração da OMS, foi recomendado aos países que adotassem medidas de prevenção para evitar o contato com o vírus, visto que era necessário rastrear a localização do vírus para contê-lo. Logo, tais medidas buscariam identificar e notificar de forma rápida os casos suspeitos.

No entanto, o Brasil, até o presente momento, sofre com a subnotificação dos casos de covid-19, visto que houveram falhas, desde o começo da pandemia, na implementação de políticas de testagem do vírus e no registro de óbitos por covid-19. De acordo com cálculo elaborado pelo Professor Miguel Martinez: “o grande aumento de óbitos por SARG não identificados como sendo causados por covid-19 possibilita supor um aumento de até 38% nos valores dos óbitos por covid-19 notificados pelo Painel Coronavírus do Ministério da Saúde, para obter-se o valor real”⁴. Estudo publicado no Jornal da Universidade de São Paulo.

Esse primeiro nível de Emergência finda com o registro do primeiro caso positivo em território nacional. A partir daí, apenas a adoção de política de identificação dos casos não é suficiente para deter o vírus, sendo necessário também a adoção de medidas de contenção do avanço da pandemia.

Diante disso, em 3 de fevereiro de 2020, por meio da Portaria N° 188, o Ministério da Saúde decretou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN)⁵ em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus no território brasileiro. No entanto, apesar dessa declaração, não foi implementado nenhum programa oficial de rastreamento do vírus, fazendo com que, em 26 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde confirmasse o primeiro caso de infecção pelo novo coronavírus no Brasil.

Dessa forma, em 20 de março de 2020, pela Portaria N° 454 do Ministério da Saúde, foi declarado, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do novo coronavírus⁶. Apenas nesse momento, que marca o terceiro nível de emergência, que o país passou a adotar políticas de distanciamento social, como o isolamento domiciliar das pessoas com sintomas por um prazo máximo de 14 dias, desde que determinada por

3 Notícia disponível em: [https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov)). Acesso em 23 mai. 2021.

4 Estudo disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/podem-ser-mais-de-430-mil-uma-estimativa-para-mortes-por-covid-19-no-brasil-alem-das-oficialmente-notificadas/>. Acesso em 23 mai. 2021.

5 Portaria N° 188 disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em 23 mai. 2021.

6 Portaria N° 454 disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-454-de-20-de-marco-de-2020-249091587>. Acesso em 23 mai. 2021.

prescrição médica, como aponta a portaria mencionada.

Esses três cenários definem os níveis de emergência que deveriam guiar as tomadas de decisões dos gestores públicos. Enquanto que, no primeiro nível de emergência era crucial a identificação e o isolamento dos casos para erradicação do vírus, nos demais níveis apenas políticas de identificação não bastariam, sendo necessário também implementar planos estratégicos de contenção do avanço dos casos em território nacional.

No entanto, a gestão da pandemia no mundo ocorreu de forma distinta em cada país. Alguns países optaram por agir desde o primeiro caso suspeito do vírus para erradicar a cadeia de transmissão. Cita-se como exemplo Nova Zelândia, que para derrotar o vírus adotou estratégias como o fechamento de fronteiras, desde março de 2020 quando foi registrado os primeiros casos de coronavírus, implementou o lockdown rígido, em que todos os estabelecimentos não essenciais foram impedidos de abrir, concedeu socorro financeiro para as empresas e para os empregados, e também incentivou o uso de máscara e o distanciamento social, que ocorreu por meio de campanhas nacionais de conscientização⁷.

Por sua vez, outros Estados tardaram a adotar políticas de contenção do vírus, a exemplo de alguns países da União Europeia, que apresentaram falhas como a ausência da implementação de programas estratégicos de saúde pública, ou sua implementação tardia, e também a impossibilidade de garantir à totalidade da população recursos necessários para manutenção do bem estar social e garantia da prevenção. (CORREIA, 2020)

Sob uma perspectiva contrária aos demais países, o Brasil optou por ignorar as recomendações das organizações de saúde e, de forma arbitrária, incentivou a população a retomar as atividades financeiras, por meio da campanha “O Brasil não pode parar”. Essa campanha foi veiculada por canais oficiais do governo federal e posteriormente, proibida, em liminar, pelo Ministro do STF Roberto Barroso, sob o argumento de que na adoção de medida sanitária, deve prevalecer a escolha que ofereça proteção mais ampla à saúde⁸.

Além desses três casos, cita-se também os países que apresentaram, desde o início da pandemia, dificuldades estruturais para monitorar o vírus, devido às circunstâncias de fome e pobreza extrema e de conflitos que intensificam a crise humanitária em meio à Pandemia do novo coronavírus.

Esses quatro cenários são apontados também pelo professor Tiago Correia:

Em traços gerais, os países têm seguido quatro objetivos de gestão do SARS-CoV-2: erradicar as cadeias de transmissão (exemplo da Nova Zelândia, Islândia, Tailândia ou algumas províncias da China), gerir as cadeias de transmissão (exemplo da grande maioria dos países europeus, incluindo Portugal), ignorar as cadeias de transmissão (exemplo do Brasil, EUA, também do Reino Unido numa fase inicial) e incapacidade de gerir as cadeias de transmissão (exemplo da maioria dos países africanos ou Índia). A respeito destes últimos, importa destacar que estão em causa dificuldades estruturais

7 Notícia disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/nova-zelandia-vence-o-coronavirus-e-mostra-o-futuro-que-de-sejamos/>. Acesso em 23 mai. 2021

8 Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 669 Distrito Federal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-barroso-proibe-campanha-brasil.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2021.

de rastreio e monitorização do vírus, sobretudo pondo em perspectiva esta doença em relação a outras doenças e a situações de crise humanitária. (CORREIA, 2020, pag.7)

Sendo assim, verifica-se que foram implementadas três distintas formas de contenção do vírus: por meio da erradicação, da gestão e da negação do vírus. Essa última estratégia foi adotada pelo Presidente do Brasil.

Apointa-se que os líderes dos países como Brasil e Estados Unidos optaram por adotar um posicionamento negacionista⁹ da pandemia em seus discursos públicos. Por meio de falas baseadas em “achismo” sem evidências científicas, na tentativa de negar ou minimizar a gravidade da doença sem a adoção de medidas preventivas e com alto índice de subnotificação dos casos e também com o incentivo de tratamentos terapêuticos sem validação científica e ausência de um plano estratégico nacional, que até a atualidade não foi implementado no Brasil. Em consequência disso, Estados Unidos e Brasil são os países que apresentam maiores índices de morte por COVID-19 no mundo, respectivamente, 586 mil e 437 mil até 18 de maio de 2021.

No caso brasileiro, essa postura negacionista, adotada pelo Presidente Bolsonaro, acarretou no colapso do Sistema Único de Saúde (SUS) com a falta de oxigênio em algumas cidades como Manaus, que apresentou um aumento exponencial de mortes evitáveis e o surgimento de novas variantes do vírus.

Verifica-se também no Brasil um alto índice de contaminação dos profissionais de saúde que atuam na linha de frente sem o devido Equipamento de Proteção Individual (EPI). De acordo com Nota Técnica produzida pela Fundação Getúlio Vargas: 49,4% dos profissionais da saúde afirmaram ter recebido uma ou poucas vezes EPI para atuar durante a pandemia, 72,6% responderam que não receberam treinamento e 87,6% alegaram ter medo do novo coronavírus¹⁰.

3 I RECOMENDAÇÕES DAS ORGANIZAÇÕES DE SAÚDE

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) apontou que as orientações traçadas nas Notas Técnicas guardam harmonia com as diretrizes divulgadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS), pela Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) e pelo Ministério da Saúde (MS).

Posto isso, é válido apontar que o SARS- CoV-2 trata-se de um novo microorganismo presente no mundo, por isso, não há precedentes quanto à melhor forma para conter a proliferação desse vírus. Sendo assim, as novas informações quanto à forma mais adequada para prevenir e controlar a infecção pelo novo coronavírus são disponibilizadas constantemente em Notas Técnicas pelos órgãos de saúde.

⁹ O termo será melhor definido no tópico seguinte.

¹⁰ Nota Técnica A Pandemia de Covid-19 e os (as) profissionais de saúde pública no Brasil. 4ª Fase. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/a-pandemia-de-covid-19-e-os-profissionais-de-saude-publica-no-brasil_fase-4.pdf. Acesso em 23 mai. 2021.

Por essa razão, as organizações de saúde são unânimes quanto à recomendação para a sociedade em geral manter o distanciamento social, visto que a melhor maneira de prevenir a disseminação desse vírus é por meio de ações para evitar ou diminuir a sua propagação. Como aponta a ANVISA, na Nota Técnica N° 1, publicada em 8 de abril de 2020:

De acordo com os dados da OMS e da medRxiv, os pacientes com COVID-19 podem espalhar o vírus de 24 a 48 horas antes do início dos sintomas e de 3 a 4 semanas após o início dos sintomas, por essa razão, o distanciamento social é a forma mais efetiva de barrar a transmissão do vírus. (ANVISA. NOTA TÉCNICA N° 1)

Verifica-se que tanto as recomendações da ANVISA quanto às recomendações da OMS e da OPAS encontram-se em consonância com os dados científicos disponibilizados até o momento das publicações das Notas Técnicas. Sendo assim, tais notas devem guiar as decisões dos gestores públicos, até mesmo no atual cenário de incerteza acarretando pelo novo coronavírus.

Desde logo, é válido apontar que conforme jurisprudência consolidada do STF, questões relacionadas à proteção da vida, da saúde e do meio ambiente, devem observar *standards* técnicos e evidências científicas sobre a matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacionais e nacionalmente reconhecidas. Cita-se o julgamento da ADI 4066¹¹ de relatoria da Ministra Rosa Weber, em que se discutiu a utilização de amianto, o Supremo decidiu que a Organização Mundial de Saúde é autoridade apropriada para dispor sobre tais *standards*. Adiciona-se a isso, a Lei 13.979¹², que dispõe sobre as medidas para enfrentamento do novo coronavírus em território nacional e aponta que tais medidas devem ser baseadas em evidências científicas e em análises sobre informações estratégicas em saúde.

Além disso, a jurisprudência do STF já reconheceu que as decisões do Poder Público devem se alinhar aos princípios constitucionais da prevenção e da precaução. Dessa forma, mesmo que haja dúvidas no meio científico quanto ao risco da adoção de medidas sanitárias, o agente público deve decidir em favor da saúde da população.

Como apontado no RE 627.189¹³ de relatoria do Ministro Dias Toffoli, em repercussão geral, do STF sobre o princípio da precaução:

O princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas,

11 ADI 4066. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2607856>. Acesso em 23 mai. 2021.

12 Lei 13.979. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em 23 mai. 2021.

13 RE 627189. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3919438>. Acesso em: 23 mai. 2021.

Dessa forma, nota-se que a aplicação desse princípio visa reduzir os riscos nas decisões. Para isso é necessário que o gestor observe as recomendações das organizações de saúde, para aplicar uma “decisão racional, baseada na ética, que tem como objetivo usar o melhor dos ‘sistemas de ciências’ de processos complexos para tomar decisões mais sábias” (ANTUNES, 2020, pag. 45)

Por outro lado, o que diferencia o princípio da precaução do princípio da prevenção é que enquanto que no primeiro, o cenário é incerto e sem precedentes, no segundo, os impactos “já são conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis”. (ANTUNES, 2020, pag. 50)

Sendo assim, nota-se que há um limite para a discricionariedade do agente público. Visto que, se não observar os princípios constitucionais da precaução e da prevenção, e também se não respeitar as recomendações das organizações de saúde, o agente pode ser responsabilizado por seus atos administrativos.

4 | O CASO BRASILEIRO

O Brasil implementou de forma tardia as políticas de identificação dos casos e de contenção do vírus. Visto que não houve a adoção, por parte do Poder Executivo Federal, de nenhum planejamento estratégico oficial para gerir a pandemia em território nacional.

Conforme estudo publicado pela Fundação Oswaldo Cruz¹⁴, e realizado em Manaus (Amazonas), Fortaleza (Ceará), Rio de Janeiro e São Paulo, entre 23 de fevereiro e 13 de junho de 2020, foram registrados 74.410 mortes naturais nas cidades, sendo que Manaus registrou 112% de excesso de mortes, seguido de Fortaleza com 72%, Rio de Janeiro com 42% e São Paulo com 34%. Essa porcentagem de mortes excedentes aponta para uma alta subnotificação de mortes por Covid-19 no Brasil, o que retrata também uma forte relação com as desigualdades regionais.

É notório que a ausência de um plano estratégico nacional de rastreamento e contenção afetou diretamente o alto índice de subnotificação em regiões menos favorecidas, o que acarretou no aumento de mortes evitáveis. Cita-se como exemplo o caso da cidade de Manaus, que passou por um colapso do SUS com hospitais lotados e falta de oxigênio, situação que foi repassada por relatórios oficiais para o Ministério da Saúde antes do colapso, mas que foi ignorada pelo Governo Federal¹⁵.

Por sua vez, o Chefe do Poder Executivo Federal, sem observar os limites do seu

14 Estudo Excesso de mortes durante a pandemia de COVID-19: subnotificação e desigualdades regionais no Brasil. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1292/excesso-de-mortes-durante-a-pandemia-de-covid-19-subnotificacao-e-desigualdades-regionais-no-brasil>. Acesso em: 24 mai. 2021.

15 Notícia Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/19/forca-nacional-do-sus-detectou-falta-de-oxigenio-em-manaus-antes-do-colapso.ghtml>. Acesso em: 24 mai. 2021.

poder discricionário, adotou o negacionismo como política de enfrentamento da pandemia no Brasil, o que fica demonstrado em seu discurso no decorrer da pandemia. Como aponta o Professor Luciano Rathsam: “no começo, os negacionistas diziam que a Covid era uma farsa, uma ‘gripezinha’. Depois, admitiram a existência da doença, mas negaram a sua gravidade e criaram teorias conspiratórias, atribuindo aos chineses a criação do coronavírus, como suposta arma biológica”¹⁶.

4.1 Os limites da discricionariedade

O poder discricionário possibilita ao agente público maior flexibilidade para decidir conforme os critérios de oportunidade e conveniência visando a melhor saída, dentre as quais todas as opções seriam válidas. Sendo assim, verifica-se que esse ato é comum em cenário de incerteza, como o ocasionado pelo novo coronavírus. Visto que a incerteza científica quanto às consequências das alternativas disponíveis gera espaço para a discricionariedade, pois visa “suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar” (DI’PIETRO, 2019, pág. 483)

No entanto, é necessário que tais atos observem os limites impostos pelo ordenamento jurídico vigente. Conforme Lenio Streck: “o ato discricionário no âmbito da administração somente será tido como legítimo se estiver de acordo com a estrutura da legalidade vigente”. (STRECK, 2017, pág. 9) Sendo assim, é válido apontar que o ato discricionário, que tem respaldo legal, não pode ser confundido com o ato arbitrário, que é contrário ao ordenamento jurídico.

Dessa forma, verifica-se que o agente público dispõe de discricionariedade para definir a melhor estratégia disponível para enfrentar uma crise sanitária, como do coronavírus. Porém, é necessário que os atos praticados pelo agente estejam em conformidade com a regulamentação legal, sendo que o poder discricionário é limitado para evitar abusos e arbitrariedade.

À vista disso, Justen Filho aponta que “Ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa.” (JUSTEN, 2016, pág. 399) Por consequência, a inércia do governo para enfrentar o vírus também se configura manifestação de vontade, pois conforme ensinamentos de Thomas Dye, a omissão do gestor frente a um problema público também é um tipo de política pública.

É válido apontar que o agente público deve pautar a elaboração de seus atos dentro de um viés constitucional, visto que tais atos, que são de ‘vontade’ como apontado por Justen Filho, interferem diretamente na sociedade. Além disso, a legalidade limita a atuação do agente público, visto que há uma redução da discricionariedade em

¹⁶ Artigo Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/noticias/2021/04/14/negacionismo-na-pandemia-virulencia-da-ignorancia>. Acesso em 24 mai. 2021.

consequência da ampliação do controle judicial no Estado democrático de Direito. Segundo Di Pietro, a “constitucionalização dos princípios da Administração também veio a limitar a discricionariedade administrativa e possibilitar a ampliação do controle judicial sobre os atos discricionários”. (DI’PIETRO, 2019, pág. 490)

Sendo assim, a adoção dessa política contrária às recomendações das organizações de saúde ultrapassa o poder discricionário do agente público, visto que a “discricionariedade é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei” (MEIRELLES, 2005, pág. 118). Logo, nota-se que o ato discricionário é ilegítimo e nulo quando praticado fora do limite legal. Nessa ocasião, a não observância de tais limites pode acarretar a responsabilização administrativa do agente público.

4.2 O negacionismo como política de enfrentamento

O Presidente da República, de forma arbitrária, optou por negligenciar os inúmeros casos de Covid-19 no Brasil, o que acarretou em um colapso da rede hospitalar e conseqüentemente no crescente número de mortes evitáveis no país e no surgimento de novas variantes do vírus. Ao analisar o discurso adotado pelo Chefe do Poder Executivo Federal, verifica-se a adoção de uma postura negacionista, em vez da implementação de algum programa nacional de contenção do vírus.

O Professor da USP Marcos Napolitano¹⁷ aponta que:

O negacionismo vai além de um boato ou fake news pontual. É um sistema de crenças que, sistematicamente, nega o conhecimento objetivo, a crítica pertinente, as evidências empíricas, o argumento lógico, as premissas de um debate público racional, e tem uma rede organizada de desinformação. Essa atitude sistemática e articulada de negação para ocultar interesses político-ideológicos muitas vezes escusos, que tem sua origem nos debates do Holocausto, é inédita no Brasil.

É válido ressaltar que essa postura não apresenta respaldo em evidências científicas, pelo contrário, trata-se de uma retórica vaga baseada em ‘achismo’ e que tem por finalidade desacreditar as recomendações científicas.

Como pode ser analisado no discurso adotado por Bolsonaro no decorrer da pandemia no Brasil: “ Não há motivo para pânico ” - 6 de março de 2020; “ A imprensa exagerou ” - 9 março de 2020; “ A questão do coronavírus não é isso tudo ” e “ Muito mais fantasia a questão do coronavírus ” - 10 de março de 2020; “ Outras gripes mataram mais do que essa ” - 11 de março de 2020; “ Não podemos entrar numa neurose ” e “ Vida segue normal, um grande desafio pela frente ” - 15 de março de 2020; “ Já tivemos problemas mais graves no passado ” - 18 de março de 2020; “ Depois da facada, não vai ser uma gripezinha que vai me derrubar ” - 20 de março de 2020; “ Vão morrer alguns pelo vírus? Sim, vão morrer ”- 21 de março de 2020; entre diversos outros pronunciamentos¹⁸

¹⁷ Artigo Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/noticias/2021/04/14/negacionismo-na-pandemia-virulencia-da-ignorancia>. Acesso em 24 mai. 2021.

¹⁸ Discursos Disponíveis em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2020-08-08/veja-cem-momentos-em-que-jair->

Uma breve análise dos pronunciamentos de Bolsonaro, durante o primeiro semestre de 2020, evidencia a postura negacionista adotada pelo Presidente, que acarretou em uma politização da pandemia no Brasil com ataques às organizações de saúde, negação da gravidade dos casos e omissão para conter a proliferação do vírus em território nacional. “Foi, portanto, num contexto em que o negacionismo como política ocupou o vazio decorrente da ausência de políticas públicas organizadas para prevenir a difusão do vírus no país”. (DUARTE, CESAR; 2020)

Em consequência dessa postura adotada pelo Presidente, atualmente, o Brasil é um dos países que registrou maior número de casos e de mortes acarretadas pelo novo coronavírus. Até maio de 2021, o país ultrapassou 450.000 mortes, com média móvel de morte de 1.900 por dia. Além disso, houve também atraso na compra de vacinas, sendo que, até essa data, apenas 20,09% da população recebeu a primeira dose e 9,89% receberam a segunda dose¹⁹. Por essa razão, é necessário analisar se essa postura negacionista adotada pelo Presidente Bolsonaro pode acarretar ou não na sua responsabilização administrativa.

4.3 A responsabilização do agente público

No Absolutismo o Estado não podia ser responsabilizado pelos atos praticados pelos agentes públicos, pois, de acordo com o ordenamento jurídico da época, o particular deveria se submeter à soberania estatal e arcar com os riscos inerentes. Visto que “o Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar e o de que ‘aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei’” (DI PIETRO, 2019, pág. 1456). Dessa forma, conforme a teoria da irresponsabilidade, o ‘rei’ tinha poder ilimitado e não poderia ser responsabilizado por seus atos. Visto que a sua responsabilização o colocaria no mesmo nível do súdito, e significaria um desrespeito à soberania.

No entanto, com o advento do Estado de Direito, passou-se a admitir a responsabilização do Estado. Em um primeiro momento foram exigidos dois requisitos: a imputação de responsabilidade do agente público e sua conduta culposa. O que configura a teoria civilista da culpa, que, para responsabilização, distinguia-se os atos de império dos atos de gestão. Como aponta Di Pietro:

Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a

-bolsonaro-minimizou-a-covid-19.html. Acesso em 25 mai. 2021.

19 Notícia Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/05/24/brasil-chega-a-450-mil-vitimas-da-covid-media-e-de-1881-mortos-por-dia-com-curva-apontando-estabilidade.ghtml>. Acesso em 26 mai. 2021

gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se ambos o direito comum. (DI PIETRO, 2019, pág. 1458)

A partir dessa teoria, a pessoa do ‘rei’, que praticaria atos de império, era separada da pessoa do ‘Estado’, que praticaria atos de gestão. Porém, verificou-se a impossibilidade de distinção entre os atos de impérios dos atos de gestão. Dessa forma, as teorias civilistas foram superadas e houve uma ascensão dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública e também em decorrência do Caso Blanco²⁰ que instituiu pela primeira vez a Responsabilidade civil estatal. Dessa forma, fez-se surgir diversas teorias, cita-se: teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa e teoria do risco.

A teoria do risco preconiza que o Estado deve ser responsabilizado independentemente da culpa do agente público ou do serviço prestado. Essa teoria tem duas vertentes: a teoria do risco administrativo, que requer a comprovação donexo causal entre o ato administrativo e o dano causado, e a teoria do risco integral, que dispensa a comprovação do nexo de causalidade. O Brasil adotou a teoria do risco administrativo, em que a responsabilização da Administração Pública é objetiva e a responsabilização dos agentes públicos é subjetiva.

A Medida Provisória 966 define que o agente somente será responsabilizado se agir ou se omitir com dolo ou erro grosseiro em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Essa medida foi objeto de impugnação de sete ações diretas de inconstitucionalidade (ADI’s 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431) que sustentam a inconstitucionalidade sob o argumento de que a norma limita a responsabilização dos agentes públicos apenas nos casos de dolo ou erro grave, sendo excluídos os ilícitos causados por culpa leve ou levíssima, posicionamento adotado para evitar o apagão das canetas²¹.

Nesse cenário, o STF, por maioria, proferiu parcialmente a cautelar para:

a) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; e b) conferir, ainda, interpretação conforme à Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

Dessa forma, o Supremo reforçou a jurisprudência no sentido de que se configura ‘erro grosseiro’ quando o ato administrativo ensejar violação do direito à vida, à saúde ou

20 O Caso Blanco ocorreu em 1872 na França. Agnes Blanco foi atropelada e seu pai entrou com uma Ação requerendo indenização do Estado francês, sob o argumento de que o dano tinha decorrido de um serviço público prestado pelo Estado. Houve conflito de competência e o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, pois o caso decorre de uma prestação de serviço público, que difere do constante do código civil.
21 Fenômeno que ocorre quando o gestor, em casos de incerteza, não toma uma decisão para evitar responsabilização.

ao meio ambiente equilibrado em razão da inobservância de normas e critérios científicos e técnicos e dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Sendo assim, a não observância de tais critérios estipulados pelo STF podem configurar a responsabilização do agente público. No julgamento, o Ministro Luiz Fux ressaltou que “o erro grosseiro previsto na norma é o negacionismo científico”²².

5 | CONCLUSÃO

Ao analisar os discursos públicos empregados por Bolsonaro, verifica-se que houve a adoção de atos omissivos e atos comissivos contrários à gestão da pandemia, que, na função de agente público, adotou uma postura negacionista sem observar os limites do seu poder discricionário. Sendo assim, que o Presidente agiu de forma arbitrária, tendo em vista que o Presidente não seguiu as recomendações científicas e técnicas das organizações de saúde e não observou os princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

Por fim, verifica-se que o agravamento da crise sanitária no Brasil decorre da política negacionista adotada pelo Presidente da República Jair Bolsonaro durante a gestão da pandemia em território brasileiro. Sendo assim, de acordo com ordenamento jurídico vigente no país, o agente público deverá responder pessoalmente por seus atos e opiniões quando configurado o erro grosseiro.

REFERÊNCIAS

ANVISA - AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Orientações para prevenção e o controle de infecções pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2) em instituições de acolhimento**: nota técnica n° 1. Brasília, 2020.

ANVISA - AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Orientações para serviços de saúde (SARS-CoV-2)**: nota técnica n° 4. Brasília, 2020.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CARVALHO, Déltion Winter. **As responsabilidades civil e administrativa de agentes públicos face à pandemia de covid-19 conforme a medida provisória nº966/2020 e a interpretação restritiva de “erro grosseiro” exarada pelo Supremo Tribunal Federal: Uma análise a partir da perspectiva do direito dos desastres**. Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba, v. 1, n. 63, p. 139-169, jan - mar 2021.

CORREIA, Tiago. **A gestão política da Covid-19 em Portugal: contributos analíticos para debate internacional**. Saúde em debate, Lisboa, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DYE, Thomas D. **Understanding public policy**. Englewood Cliffs, Nova Jersey: Prentice Hall. 1984.

²² Notícia Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443888&ori=1>. Acesso em 26 mai. 2021.

DUARTE, André de Macedo; CESAR, Maria de Assis. **Negação da política e negacionismo como política: pandemia e democracia.** Educação & Realidade, Porto Alegre, v.45, n.4, e109146, 2020.

FGV - FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **A pandemia de covid-19 e os (as) profissionais de saúde pública no Brasil:** nota técnica 4ª fase. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/a-pandemia-de-covid-19-e-os-profissionais-de-saude-publica-no-brasil_fase-4.pdf>. Acesso em 21 mai. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINEZ, Miguel A. B. **Podem ser mais de 430 mil: Uma estimativa para mortes por Covid-19 no Brasil além das oficialmente notificadas.** Jornal da USP. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/a-pandemia-de-covid-19-e-os-profissionais-de-saude-publica-no-brasil_fase-4.pdf>. Acesso em 23 mai. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ORELLANA, Jesem Douglas Yamall, et al. **Excesso de mortes durante a pandemia de COVID-19: subnotificação e desigualdades regionais no Brasil.** Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 37, n.1, set. 2020.

RATHSAM, Luciana. **Negacionismo na pandemia: a virulência da ignorância.** UNICAMP, Campinas, 2021. Disponível em: <<https://www.unicamp.br/unicamp/noticias/2021/04/14/negacionismo-na-pandemia-virulencia-da-ignorancia>>. Acesso em: 24 mai. 2021.

STRECK, L.I. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria à luz da crítica hermenêutica do Direito.** Belo Horizonte: Letramento, 2017.

CAPÍTULO 10

OS EFEITOS DA PANDEMIA DE COVID-19 SOBRE A REGULAÇÃO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL COMO ESTABELECIDADA PELA OMC E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Data de aceite: 01/11/2021

Data de submissão: 06/08/2021

Alberto Barella Netto

UniRV - Universidade de Rio Verde
Rio Verde - Goiás
<https://orcid.org/0000-0003-0615-1865>

Hérica Cristina Paes Nascimento

UniRV - Universidade de Rio Verde
Rio Verde - Goiás
<http://orcid.org/0000-0001-8890-9064>

Vithor Assunção Sousa

UniRV - Universidade de Rio Verde
Rio Verde – Goiás
<http://orcid.org/0000-0002-1144-5625>

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo exemplificar os efeitos causados pela pandemia da Covid-19 no Comércio Internacional de acordo com a Organização Mundial do Comércio (OMC) e seus princípios norteadores. Nesse sentido, busca-se ressaltar a importância dos princípios da OMC com ênfase no incentivo à boa governança e redução dos custos no comércio internacional. Objetiva-se caracterizar os efeitos e medidas tomadas pela OMC em meio à pandemia atual à luz do princípio da Transparência. Nessa perspectiva, visa-se demonstrar os efeitos políticos, jurídicos e econômicos desse período no âmbito da OMC. Diante da escassez de informações claras e padronizadas sobre o assunto, justifica-se a necessidade da presente pesquisa científica a fim de trazer uma análise concreta para os interessados na temática e a sociedade em geral. A metodologia de pesquisa utilizada no presente artigo científico pode ser classificada como revisão bibliográfica, pois se baseia em análise e discussões doutrinárias, sites oficiais, em livros jurídicos, artigos jurídicos em revistas de Direito sobre o tema, entre outros. Quanto à metodologia de trabalho em tela, faz-se a opção pelo método hipotético-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: OMC; Comércio Internacional; Pandemia; Transparência.

THE EFFECTS OF THE COVID-19 PANDEMIC ON THE REGULATION OF

INTERNATIONAL TRADE AS ESTABLISHED BY THE WTO AND ITS GUIDING PRINCIPLES

ABSTRACT: This paper aims to exemplify the effects caused by the Covid-19 pandemic on international trade according to the World Trade Organization (WTO) and its guiding principles. In this sense, it seeks to highlight the importance of the principles of the WTO with emphasis on encouraging good governance and reducing costs in international trade. It aims to characterize the effects and measures taken by the WTO in the midst of the current pandemic in the light of the principle of transparency. In this perspective, it aims to demonstrate the political, legal, and economic effects of this period within the WTO. Given the scarcity of clear and standardized information on the subject, the need for this scientific research is justified in order to bring a concrete analysis for those interested in the topic and society in general. The research methodology used in the present scientific article can be classified as bibliographic review, since it is based on doctrinal analysis and discussions, official sites, in legal books, legal articles in law reviews on the subject, among others. As for the methodology of the work in question, the hypothetical-deductive method is chosen.

KEYWORDS: WTO; International Trade; Pandemic; Transparency.

1 | INTRODUÇÃO

A Organização Mundial do Comércio (OMC) é uma organização internacional que trata do comércio entre as nações e engloba as regras anteriormente estabelecidas pelo GATT (General Agreement of Tariffs and Trade), que foi um acordo provisório que durou 47 anos para garantir a liberalização do comércio mundial, além da promoção do comércio com práticas equitativas entre as nações¹.

De acordo com Mazzuoli, a primeira tentativa de criação de uma organização internacional sobre o comércio foi em 1947, na Conferência de Havana, onde objetivou-se essa organização, no entanto não restou frutífera, pois os Estados Unidos da América recusaram a aprovação em seu Congresso. Posteriormente é que se tem a criação do GATT, que teve como escopo fomentar o comércio, principalmente pela redução das tarifas alfandegárias².

O marco de criação da Organização Mundial do Comércio ocorreu no dia 1º de janeiro de 1995, onde se revisou completamente o sistema de comércio internacional, colocando fim ao GATT e expondo de vez o fracasso com a tentativa de criação da Organização Internacional do Comércio em 1948³.

Nessa linha, de início, o presente artigo científico preocupa-se em estabelecer no capítulo seguinte os princípios e objetivos da Organização Mundial do Comércio (OMC), a fim de exemplificar como as normas, as condutas e as tratativas dos acordos são norteados.

1 DA SILVA, C. F. Do GATT à OMC: o que mudou, como funciona e perspectivas para o sistema multilateral de comércio. **Universitas: Relações Internacionais**. Brasília, v.3, n.1, p. 109-125, jan./jun. 2005. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/relacoesinternacionais/issue/view/48>>. Acesso em: 09 jul. 2021.

2 MAZZUOLI, V. O. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

3 WORLD TRADE ORGANIZATION. **The GATT years: from Havana to Marrakesh**. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/what_is_e/tif_e/fact4_e.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.

No mesmo capítulo, será exemplificado alguns dos reflexos práticos de atuação da OMC no Comércio Internacional.

Em continuidade, no capítulo 03, trar-se-á os impactos da pandemia da COVID-19 sobre a regulação do comércio internacional à luz da OMC, tendo em vista que os Estados Nacionais foram fortemente atingidos pelos efeitos da pandemia, principalmente quanto à transparência e quanto aos custos comerciais envolvidos nestes tempos de crise.

2 I PRINCÍPIOS E OBJETIVOS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC)

A Organização Mundial do Comércio (OMC) pode ser definida de várias formas, mas com o claro objetivo da organização comercial entre os Estados. Por exemplo, a OMC pode ser vista como um fórum para os governos negociarem seus acordos comerciais ou um lugar para resolverem seus conflitos comerciais, em sua essência trata-se da resolução de problemas comerciais que os Estados enfrentam uns com os outros⁴.

Nesse sentido, tem-se que um dos objetivos da OMC é a viabilidade do livre comércio, com o fim de combater as práticas desleais de comércio e reconhecer a importância do crescimento econômico e do desenvolvimento sustentável. Além disso, essa organização trata ainda de temas como o do comércio eletrônico e das cláusulas sociais⁵.

Ao longo dos anos, vários temas foram tomando destaque e espaço entre os agentes econômicos e com isso o desenvolvimento comercial aumentou. Isso refletiu na sociedade, pois os países ativos no comércio exterior conseguiram crescer economicamente, aumentou-se também a taxa de emprego, a eficiência produtiva, a sustentabilidade na produção e até mesmo as próprias relações comerciais tiveram um crescimento notável.

Quando a OMC foi criada trouxe consigo uma gama crescente de objetivos e princípios a serem idealizados no âmbito do comércio internacional. Além das regulações tarifárias dos países, a OMC veio para atender as necessidades regulatórias de cada agente econômico envolvido, pois permitiu-se a discussão da concorrência entre os Estados, do meio ambiente e da cláusula social, permitiu-se assim uma competição mais justa e leal.

São vários os princípios informadores da Organização Mundial do Comércio, de início pode-se citar como um dos mais importantes o princípio da Não Discriminação, que é uma estrutura base do comércio internacional. Este princípio se subdivide em dois subprincípios, quais sejam, o princípio da Nação Mais Favorecida e o princípio do Tratamento Nacional. O primeiro remete à proibição de tratamento discriminatório entre os países membros da OMC e o segundo se trata da forma de tratamento dos bens nacionais e bens estrangeiros, que devem receber tratamento igualitário após a entrada no mercado doméstico, nesse sentido,

4 WORLD TRADE ORGANIZATION. **The WTO**. Disponível em: <https://www.wto.org/index.htm>. Acesso em: 7 jul. 2021.

5 DA SILVA, C. F. Do GATT à OMC: o que mudou, como funciona e perspectivas para o sistema multilateral de comércio. **Universitas: Relações Internacionais**. Brasília, v.3, n.1, p. 109-125, jan./jun. 2005. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/relacoesinternacionais/issue/view/48>>. Acesso em: 09 jul. 2021.

aplica-se o mesmo entendimento para serviços, marcas, patentes e direitos autorais.⁶

Como exemplo do subprincípio da Nação Mais Favorecida pode-se citar um benefício incluído em um acordo bilateral entre Estados, tal como uma redução tarifária ou de barreira técnica, onde tal benefício deve ser estendido aos demais países, contudo há exceções. Já no segundo subprincípio, o do Tratamento Nacional, é válido ressaltar que somente se aplica após a entrada do bem no ambiente doméstico, assim, a cobrança tarifária ou a aplicação de medidas de defesa comercial não causa nenhum tipo de violação a este subprincípio. Os dois subprincípios aqui expostos estão positivados nos 03 (três) principais acordos da OMC: GATT, GATS e TRIPS.⁷

Por conseguinte, tem-se o princípio da Reciprocidade, que de acordo com Leite é a partir dele que se busca uma cooperação entre os países com concessões mútuas, consequentemente, com benefícios mútuos. Assim, há uma impulsão entre os Estados para uma política comercial liberal, pois o comércio internacional proporciona ganhos para a economia e para o mercado interno.⁸

Nessa linha, há o princípio do Único Empreendimento ou *Single Undertaking*, que diz sobre os itens que compõem a negociação, tais itens fazem parte de um pacote inteiro e indivisível, não se pode assim, serem acordados em apartado. Portanto, o acordo somente se concretizará até que tudo esteja acordado. Em conjunto, tem-se o princípio da Transparência, que propõe o maior nível de transparência possível nas tratativas, encontra-se positivado tanto no GATT quanto no GATS.⁹

Existe também um princípio que pode restringir o comércio em certas situações, é o chamado princípio das Válvulas de Escape ou *Safety Valves*, que pode ser utilizado como limitador ao comércio quando se tratar de objetivos não econômicos, tais como, a saúde pública ou a segurança nacional. Também pode ser utilizado como limitador para garantir uma competição justa, para tanto utiliza-se técnicas de defesa comercial e por fim, quando se tratar de desenvolvimento de indústrias recém-criadas e na possibilidade de problemas na balança de pagamentos.¹⁰

Destarte, há também um importante princípio norteador, o chamado princípio da Previsibilidade que se encontra relacionado diretamente com o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, onde objetiva-se trazer como elementos essenciais a segurança e a previsibilidade ao sistema multilateral de comércio. Vejamos o texto normativo do Sistema de Solução de Controvérsias na OMC em sua integralidade, no artigo 3º, conforme

6 JUSBRASIL. **Princípios da Organização Mundial do Comércio**. Disponível em: <https://msbp.jusbrasil.com.br/artigos/337517622/principios-da-organizacao-mundial-do-comercio>. Acesso em: 1 jul. 2021.

7 JUSBRASIL. **Princípios da Organização Mundial do Comércio**. Disponível em: <https://msbp.jusbrasil.com.br/artigos/337517622/principios-da-organizacao-mundial-do-comercio>. Acesso em: 1 jul. 2021.

8 LEITE, L. O. **A aplicação de medidas de defesa comercial no Brasil à luz dos parâmetros estabelecidos pela OMC e o impacto para a indústria doméstica**. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.

9 WORLD TRADE ORGANIZATION. **How the negotiations are organized**. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/work_organ_i_e.htm. Acesso em: 19 jul. 2021.

10 JUSBRASIL. **Princípios da Organização Mundial do Comércio**. Disponível em: <https://msbp.jusbrasil.com.br/artigos/337517622/principios-da-organizacao-mundial-do-comercio>. Acesso em: 1 jul. 2021.

organização de Welber Barral, Ex-Secretário de Comércio Exterior do Brasil:

2 - O sistema de solução de controvérsia da OMC é elemento essencial para trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio. Os Membros reconhecem que esse sistema é útil para preservar direitos e obrigações dos Membros dentro dos parâmetros dos acordos abrangidos e para esclarecer as disposições vigentes dos referidos acordos em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público. As recomendações e decisões do OSC não poderão promover o aumento ou a diminuição dos direitos e obrigações definidos nos acordos abrangidos.¹¹

Portanto, percebe-se a importância da previsibilidade no sistema de solução de controvérsia da OMC, para tanto a maior transparência possível é medida necessária para o cumprimento das disposições contidas neste sistema. É válido ressaltar que em tempos de pandemia, torna-se ainda mais imprescindíveis tais princípios.

Isto posto, é válido mencionar o princípio da concorrência leal, onde por meio dele a OMC combate práticas desleais, a fim de manter um ambiente seguro para o comércio. Por isso, vários acordos foram criados para impedir as práticas de *dumping*, que se trata de um favorecimento de preço feito exclusivamente a um Estado¹². Na mesma conjuntura, criou-se o princípio da Proibição de Restrições Quantitativas, onde se estabeleceu, como o próprio nome diz, proibições de restrições quantitativas, preferindo-se direitos alfandegários, impostos e taxas.¹³

Por fim, mas não menos importante, tem-se o princípio do Encorajamento ao Desenvolvimento, que reconhece tratamento diferenciado para nações menos desenvolvidas. Está consagrado no Acordo constitutivo da OMC, onde se estabelece que são necessários esforços para que país menos desenvolvidos façam parte do comércio internacional.¹⁴

É de extrema importância a compreensão dos princípios norteadores da Organização Mundial do Comércio, por meio deles a normativa faz sentido e se torna mais compreensiva. Com esse entendimento saberemos o porquê das decisões tomadas em meio ao caos causado pela pandemia.

2.1 Boa Governança e Redução dos Custos no Comércio Internacional

Neste subtópico, procura-se demonstrar algumas decisões estratégicas da OMC no ambiente do comércio internacional. Em meio a tantas possibilidades de atuação da

11 BARRAL, W. **Solução de Controvérsias na Organização Mundial do Comércio**. Brasília: Ministério das Relações Exteriores: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p.135.

12 FAZCOMEX. **What is the WTO?**. Disponível em: <https://www.fazcomex.com.br/blog/descubra-o-que-e-a-omc/>. Acesso em: 16 jul. 2021.

13 AMARAL FILHO, A. J. M.; CHEREM, G. S. A aplicação dos princípios da OMC a partir da análise do caso dos pneus usados importados pelo Brasil. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 01-28, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/ricc.

14 AMARAL FILHO, A. J. M.; CHEREM, G. S. A aplicação dos princípios da OMC a partir da análise do caso dos pneus usados importados pelo Brasil. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 01-28, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/ricc.

OMC frente à regulação do comércio internacional, dar-se-á ênfase no incentivo a boa governança e na redução dos custos em fazer negócios internacionalmente.

A OMC pode no âmbito do comércio internacional, incentivar a boa governança, principalmente por meio da transparência, pois quanto maior for a transparência menor serão as oportunidades de corrupção e de certas arbitrariedades. Protege-se também a criação de *lobbys* diante dos governos, pois estes geralmente têm interesses próprios em desacordo com os objetivos da OMC. De acordo com o site oficial da OMC, os governos necessitam de armas contra as pressões de grupos de interesse e o Sistema da OMC pode ser de grande ajuda, tendo em vista a posição privilegiada que se encontra, pois tem uma visão teoricamente mais equilibrada de política comercial. As regras nesse sentido, estabelecem o compromisso de os países não firmarem políticas imprudentes. Por exemplo, há o combate ao estabelecimento da barreira comercial de cota, tendo em vista que estas limitam as ofertas ao restringirem as importações ou exportações, assim beneficiam grandes empresas que vendem dentro da cota, pois causam o aumento artificial de preços.¹⁵

De acordo com a OMC, muitas áreas podem ajudar a reduzir a corrupção. O Acordo de Compras Governamentais tem impacto direto no setor público, visto que disciplina como os países participantes poderão fazer suas compras, além de abrir partes do mercado para a concorrência estrangeira.¹⁶ E também, como combate à corrupção ressaltamos a importância da transparência, vejamos a informação da OMC em seu site oficial:

Transparency (such as making available to the public all information on trade regulations, fees and required paperwork), greater harmony between countries on other aspects of "trade facilitation", clearer criteria for regulations dealing with the safety and standards of products, and non-discrimination also help by reducing the scope for arbitrary decision-making and cheating.¹⁷

Ou seja, além da facilidade comercial proporcionada pelo princípio da transparência, também reduz o espaço para corrupção e decisões arbitrárias. Assim, os governos se apoiam nas políticas estabelecidas nesse sentido para que não sejam enganados em certos acordos.

Por outro lado, a OMC além de incentivar a boa governança e proteger os países da corrupção e do mal governo, também procura reduzir o custo de realização dos negócios internacionais. Assim sendo, a política estabelecida é a de que os recursos devem ser usados de forma mais eficiente e eficaz para a produção. Ainda, se visa a redução dos custos dessas relações comerciais, por exemplo, ao imaginarmos uma empresa que necessita de importação de determinado produto para sua própria produção, essa empresa

15 WORLD TRADE ORGANIZATION. **5 The WTO can ... encourage good governance.** Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/10thi_e/10thi05_e.htm. Acesso em: 18 jul. 2021.

16 WORLD TRADE ORGANIZATION. **5 The WTO can ... encourage good governance.** Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/10thi_e/10thi05_e.htm. Acesso em: 18 jul. 2021.

17 WORLD TRADE ORGANIZATION. **5 The WTO can ... encourage good governance.** Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/10thi_e/10thi05_e.htm. Acesso em: 18 jul. 2021.

deveria observar o preço praticado por fornecedores de vários países, além disso, teria que observar a legislação de cada país referente aos produtos pretendidos, pois as taxas de importação e outras demais seriam diferentes. A OMC define que esse é um dos problemas da discriminação, mas propõe uma hipótese de solução, onde o governo cobraria as mesmas taxas sobre as importações e utilizaria as mesmas regulamentações. Para a empresa do exemplo seria mais eficiente a tomada de decisão e além do mais reduziria os custos de transação.¹⁸

Como mencionado no tópico anterior, o princípio da não discriminação torna-se o objetivo base para que as relações sejam mais justas. Importante ressaltar também o incentivo à facilitação do comércio, que atua no mesmo sentido de equiparação das relações, principalmente quando se refere a países em desenvolvimento, vejamos;

“Trade facilitation” has become an important subject in the Doha Round negotiations. Red tape and other obstacles are like a tax on trade. The saving from streamlining procedures could be 2% –15% of the value of the goods traded, according to estimates by the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD). The Peterson Institute for International Economics estimates that it could add \$117.8 billion to the world economy (global GDP). The World Bank says that for every dollar of assistance provided to support trade facilitation reform in developing countries, there is a return of up to \$70 in economic benefits.¹⁹

Portanto, a motivação para diminuição da burocracia deve ser observada por todos os membros da OMC, tendo em vista a sobrecarga causada especialmente em relação aos países em desenvolvimento e agravada diante dos tempos de crise gerada pela pandemia na qual vivemos. Os retornos econômicos citados são claros e merecem a devida atenção quando das tratativas dos acordos.

3 | IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NO COMÉRCIO INTERNACIONAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

De acordo com a OMC, como mencionado anteriormente, seu sistema garante transparência para os interlocutores. No contexto da pandemia da COVID-19, a OMC reúne vários mecanismos que ajudam a juntar informações em uma plataforma multilateral. No âmbito do Mecanismo de Revisão de Políticas Comerciais, os membros são convocados com o fim de aumentar a transparência e isso é realizado através das análises de políticas comerciais individualizadas para cada país e análises dos relatórios de cada agente econômico.²⁰ Trata-se de um dos princípios mais importantes da OMC, vejamos:

18 WORLD TRADE ORGANIZATION. **4 The WTO can ... cut the cost of doing business internationally.** Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif01_e/tif0104_e.htm. Acesso em: 19 jul. 2021.

19 WORLD TRADE ORGANIZATION. **4 The WTO can ... cut the cost of doing business internationally.** Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif01_e/tif0104_e.htm. Acesso em: 19 jul. 2021.

20 WORLD TRADE ORGANIZATION. **WTO reports on COVID-19 and world trade.** Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/covid_reports_e.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

Transparency is one of the most important principles of the WTO Agreement. For example, the WTO Trade Facilitation Agreement, which contains provisions for expediting the movement, release and clearance of goods and sets out measures for effective cooperation between customs and other appropriate authorities on trade facilitation and customs compliance issues, encourages members to publish trade-related information, and in certain instances even requires members to publish this information, including on the internet.²¹

Dessa forma, no ano de 2020, o Diretor Geral da OMC Azevêdo, fomentou o exercício desse princípio de transparência para que os membros da OMC fornecessem informações ao Secretariado sobre qualquer medida ou programa de apoio que tenham sido adotados no contexto da crise da COVID-19. Tal abordagem é semelhante à que foi adotada no combate da H1N1 em 2009-2010. No mesmo sentido, a OMC criou uma página para fornecer informações acerca do comércio em meio a pandemia, nesta página incluiu-se notificações aos países membros sobre o impacto que o vírus teve nas importações e exportações e como as atividades da organização foram afetadas. E ainda, por meio de uma nota de informação, a OMC publicou uma visão global de transparência de requisitos sob os diferentes acordos da organização. Dentre eles, cabe destacar o acordo sobre a aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias, onde os membros tem o dever de tomar as medidas para a segurança alimentar, a fim de proteger a saúde animal e vegetal de doenças e riscos de pragas, ou ainda, para proteger os seres humanos de doenças transmitidas por animais.²²

Dessa forma, recentemente, na mesma linha, a OMC publicou outra nota de informação a respeito da melhoria dos dados comerciais para produtos essenciais ao combate da COVID-19. Nessa nota, a OMC exemplifica medidas de curto prazo para melhorar a cooperação internacional na medição e compartilhamento desses dados comerciais de produtos essenciais ao combate da COVID-19, vejamos detalhadamente as medidas adotadas de curto e médio prazo:

Immediate and short-term measures:

- Take immediate action at the national or regional levels, as appropriate, to ensure that the relevant statistical information on trade in products that are essential to combat COVID-19 can be captured and that data for 2020/2021 are not entirely lost. This could be done, for example, by creating new national tariff lines and/or new statistical codes. Using identical numerical codes across all members is not necessary. Rather, what would be most valuable for a successful exercise would be to use product descriptions that can facilitate the types of essential products covered. These descriptions could be initially based on the work that has already been undertaken by the WHO and the WCO, including with respect to the terminology of the products associated with each HS code.

21 WORLD TRADE ORGANIZATION. **WTO reports on COVID-19 and world trade**. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/covid_reports_e.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

22 WORLD TRADE ORGANIZATION. **Transparency – Why it matters at times of crisis**. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/transparency_report_e.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

- Take immediate action to ensure that customs administrations capture the relevant information not only in terms of value and volume, where kilogrammes are the usual unit of measure but also, wherever possible, in terms of secondary statistical product units (e.g. number of units).
- On a voluntary basis, share the national list of essential goods and their HS classifications with other WTO members, e.g. in the context of the Committee on Market Access or other existing mechanisms. Once these lists are available, the Secretariat could compile and make them available via the WTO “Documents online” system¹⁵ and/or the WTO website.
- Based on the existing information-sharing mechanisms (i.e. the WTO trade monitoring reports¹⁶ and the WTO IDB), the WTO could play an active role in collecting and compiling the relevant information. More specifically:
 - Members could, on a voluntary basis, periodically submit quarterly/monthly trade (imports and exports) statistics of essential goods to WTO.
 - The WTO Secretariat could then:
 - o Process the data;
 - o Set up a data repository which members could access in order to conduct policy research and analysis; and
 - o Produce reports as part of the trade monitoring reports.

Medium-term measures:

- Discuss and agree on a common list of essential products to be monitored at the multilateral level.
- To the extent possible, launch and facilitate public-private partnerships with relevant stakeholders in order to collect as much trade-related information as possible from multiple sources. This is particularly important for gathering production data and mapping supply chains for essential goods. For products that are manufactured by relatively few producers, and provided that adequate guarantees can be provided by governments in terms of confidentiality and other considerations, try to establish a mechanism by which private companies can voluntarily share relevant information.
- Discuss at the WCO’s Harmonized System Committee whether an emergency recommendation could be issued to provide guidance for the creation of specific breakouts beyond the HS six-digit level that could be used collectively by members to improve trade monitoring in these products. To avoid disrupting the collection of data for the year 2021, this recommendation could be based on the new HS 2022 nomenclature with a view to begin the data collection from 1 January 2022.
- Explore possibilities for other international and regional organizations to cooperate on the collection and processing of these specific data.
- In the context of WCO’s Harmonized System Committee, discuss additional steps that could be taken to improve the collection of relevant information with respect to COVID-19-essential products for the HS 2027 review cycle. This work could be based on the above-mentioned recommendations in the medium-term measures.²³

²³ WORLD TRADE ORGANIZATION. **IMPROVING TRADE DATA FOR PRODUCTS ESSENTIAL TO FIGHT COVID-19: A POSSIBLE WAY FORWARD.** Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/trade_data_re

Diante das orientações estabelecidas pela OMC, percebe-se que os países membros exercitaram desde o início da pandemia práticas de governança, principalmente diante da necessidade de garantir acesso a informação estatística relevante sobre os principais produtos usados no combate a COVID-19. Para isso, a OMC garantiu o apoio do Comitê de Acesso ao Mercado, do Secretariado e outros componentes, a fim de disponibilizar a todos os membros um compilado de dados de cada país em relação ao tema. A médio-prazo, a orientação é de se chegar a uma lista comum de produtos essenciais a serem monitorados multilateralmente, para isso o trabalho ao lado do Comitê do Sistema Harmonizado é disponibilizado.²⁴

A OMC desde o início da pandemia preocupou-se em aplicar seus princípios norteadores, a fim de amparar todos os membros da organização e não deixar nenhum país em desenvolvimento de lado.

Ainda, em Nota Técnica, a Diretoria de Estudos e Relações Econômicas e Políticas Internacionais (Dinte), alertou em abril de 2020, que a possibilidade de adoção de medidas protecionistas de diversos países, na tentativa de recuperação da produção interna, pode impactar negativamente nos resultados econômicos de 2021 no Brasil.²⁵

Nessa linha, que o trabalho da OMC tenta coibir medidas um tanto agressivas de países que possuem uma capacidade econômica maior que os países em desenvolvimento.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente o presente estudo preocupou-se em estabelecer a base principiológica da Organização Mundial do Comércio (OMC), tendo em vista que tais princípios norteiam a atuação prática e aplicação das normativas nas relações do comércio internacional ali tratadas.

Nesse contexto, buscou-se dar ênfase ao vasto trabalho praticado na OMC com o intuito de garantir a maior transparência possível na publicação de dados, com incentivo a boa governança, a fim de coibir também a corrupção nos governos dos países membros. Além da redução da burocracia, a OMC visa uma maior eficiência e redução dos custos de transação, para também proporcionar uma maior interação dos países em desenvolvimento. Em vários pontos deste estudo, principalmente na base principiológica, demonstra-se a preocupação clara da organização com os países em desenvolvimento, inclusive no combate à pandemia da COVID-19.

Em tempos de crise, a OMC não se omitiu, pelo contrário, atuou de forma eficaz na disponibilização de mecanismo de comunicação e interação entre os países membros,

port_e.pdf. Acesso em: 22 jul. 2021.

24 WORLD TRADE ORGANIZATION. **IMPROVING TRADE DATA FOR PRODUCTS ESSENTIAL TO FIGHT COVID-19: A POSSIBLE WAY FORWARD**. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/trade_data_report_e.pdf. Acesso em: 22 jul. 2021.

25 IPEA. **Cenários Para O Comércio Exterior Brasileiro (2020-2021): Estimativas Dos Impactos Da Crise Da Covid-19**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 23 jul. 2021.

principalmente quanto aos produtos essenciais no combate à COVID-19.

Juridicamente, a OMC cumpre os preceitos estabelecidos nos Acordos entre os países membros e nas suas normativas institucionais. O papel fiscalizador deixa a desejar tendo em vista o baixo poder sancionatório, mas em certa medida é suprido pela atuação na Solução de Controvérsias. Politicamente, a atuação da OMC é estável e respeita os limites do Estados Soberanos, o problema acontece quando se exige o contrário, principalmente de grandes potências. Economicamente, a OMC vem se atualizando com a política de aumento da eficiência e redução dos custos de transações, possibilitando assim a entrada de países em desenvolvimento no mercado internacional, principalmente no contexto atual da pandemia e com os mecanismos disponibilizados atualmente.

REFERÊNCIAS

AMARAL FILHO, A. J. M.; CHEREM, G. S. A aplicação dos princípios da OMC a partir da análise do caso dos pneus usados importados pelo Brasil. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 01-28, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/ricc.

BARRAL, W. **Solução de Controvérsias na Organização Mundial do Comércio**. Brasília: Ministério das Relações Exteriores: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. 232 p.

DA SILVA, C. F. Do GATT à OMC: o que mudou, como funciona e perspectivas para o sistema multilateral de comércio. **Universitas: Relações Internacionais**. Brasília, v.3, n.1, p. 109-125, jan./jun. 2005. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/relacoesinternacionais/issue/view/48>>. Acesso em: 09 jul. 2021.

FAZCOMEX. **What is the WTO?**. Disponível em: <https://www.fazcomex.com.br/blog/descubra-o-que-e-a-omc/>. Acesso em: 16 jul. 2021.

IPEA. **Cenários Para O Comércio Exterior Brasileiro (2020-2021): Estimativas Dos Impactos Da Crise Da Covid-19**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 23 jul. 2021.

JUSBRASIL. **Princípios da Organização Mundial do Comércio**. Disponível em: <https://msbp.jusbrasil.com.br/artigos/337517622/principios-da-organizacao-mundial-do-comercio>. Acesso em: 1 jul. 2021.

LEITE, L. O. **A aplicação de medidas de defesa comercial no Brasil à luz dos parâmetros estabelecidos pela OMC e o impacto para a indústria doméstica**. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **4 The WTO can ... cut the cost of doing business internationally**. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/10thi_e/10thi04_e.htm. Acesso em: 19 jul. 2021.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **5 The WTO can ... encourage good governance.** Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/t0thi_e/t0thi05_e.htm. Acesso em: 18 jul. 2021.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **How the negotiations are organized.** Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/work_organ_e.htm. Acesso em: 19 jul. 2021.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **IMPROVING TRADE DATA FOR PRODUCTS ESSENTIAL TO FIGHT COVID-19: A POSSIBLE WAY FORWARD.** Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/trade_data_report_e.pdf. Acesso em: 22 jul. 2021.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **The GATT years: from Havana to Marrakesh.** Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact4_e.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **The WTO.** Disponível em: <https://www.wto.org/index.htm>. Acesso em: 7 jul. 2021.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Transparency – Why it matters at times of crisis.** Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/transparency_report_e.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **WTO reports on COVID-19 and world trade.** Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/covid_reports_e.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

CAPÍTULO 11

DA CRISE HUMANITÁRIA À CRISE SANITÁRIA NO SISTEMA CARCERÁRIO DO PAÍS: FOCO NA SITUAÇÃO DA CADEIA PÚBLICA DE PORTO ALEGRE/RS DURANTE A PANDEMIA

Data de aceite: 01/11/2021

Claudine Freire Rodembusch

Doutora em Direito pela Universidade de Burgos, Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Especialista em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Advogada, Professora do Curso de Direito da Faculdade Estácio de Sá Rio Grande do Sul

Henrique Alexander Keske

Doutor em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/RS. Graduado em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos. Advogado

RESUMO: Além de apresentar os problemas estruturais e sistêmicos constatados no sistema carcerário nacional e, especificamente, na Cadeia Pública de Porto Alegre, o presente artigo trata das medidas sanitárias exaradas pelos órgãos públicos e entidades da sociedade civil organizada, para o enfrentamento da pandemia, questionando quanto à sua efetiva implantação no sistema da casa prisional em comento. Ademais, apresenta as dissintonias desses agentes públicos e privados, em suas ações, tendentes a evidenciar a falta de uma coordenação geral dessas medidas, indicando que a crise sanitária pode se converter em crise humanitária, por mais essa agressão aos direitos humanos fundamentais, no sistema de justiça criminal, ao expor os apenados ao contágio com o coronavírus, onde tais medidas se mostraram

ou ineficientes, ou inexistentes.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema carcerário nacional – Cadeia Pública de Porto Alegre pandemia – medidas sanitárias – segurança pública.

FROM THE HUMANITARIAN CRISIS TO THE SANITARY CRISIS IN THE COUNTRY'S PRISON SYSTEM: FOCUS ON THE SITUATION OF THE PUBLIC CHAIN IN PORTO ALEGRE/RS DURING THE PANDEMIC

ABSTRACT: In addition to presenting the problems appear and systems found in the national prison system and, specifically, in the Porto Alegre Public Jail, this article deals with the sanitary measures taken by public bodies and organized civil society entities, to face the pandemic, questioning how much to its effective implantation in the system of the prison house under review. In addition, it presents these public and private agents with disagreements, in their actions, tending to highlight the lack of general coordination of these measures, indicating that the health crisis can become a humanitarian crisis, despite this aggression to fundamental human rights, in the system criminal justice, by exposing those sentenced to contagion with the coronavirus, where such measures feel either inefficient, or nonexistent.

KEYWORDS: National prison system - Porto Alegre Public Prison pandemic - sanitary measures - public security.

1 | DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS: UM BREVE HISTÓRICO DO PROBLEMA

O problema investigado diz respeito à crise humanitária que, por meio de falhas estruturais, sistêmicas e históricas, incide sobre o sistema carcerário nacional, valendo-se, para tanto, como ponto de partida, da Comissão Parlamentar de Inquérito, instituída, na Câmara Federal, em 2.009, para investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro, com destaque para a superlotação dos presídios, custos sociais e econômicos desses estabelecimentos, a permanência de encarcerados que já cumpriram a pena, a violência dentro das instituições do sistema carcerário, corrupção, crime organizado e suas ramificações nos presídios e buscar soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal – LEP. Nesse sentido, vale destacar, no Preâmbulo do referido documento, o que se fez constar no item relativo aos Agradecimentos, para caracterizar a violenta agressão à dignidade humana, bem como as violações aos direitos humanos fundamentais:

Aos milhares de brasileiros e estrangeiros, negros, brancos, amarelos e índios, jovens, adultos ou idosos, homens, mulheres e crianças que revelaram o drama, a dor e o sofrimento em que vivem, em verdadeiras “masmorras”, e que tratados como lixo humano, depositaram na CPI a esperança de conquistarem a liberdade, e direitos básicos como banho de sol, alimentação adequada e atendimento médico e jurídico. A eles e a elas, e em especial às crianças encarceradas, esperamos contribuir para um País mais justo e humano. (Câmara Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. 2009).

Entretanto, no que impacta o presente trabalho, foi preciso reduzir o foco do problema de pesquisa, no sentido de apresentar as condições encontradas no Presídio Central do Rio Grande do Sul, a hoje denominada Cadeia Pública de Porto Alegre, que, à época já apresentava lotação de 200% da capacidade, uma vez que deveria abrigar 1.565 detentos, mas abrigava 4.235, os quais enfrentavam imensas precariedades em termos de saúde, já que apenas um médico tratava de seu atendimento, onde foram encontrados infectados por HIV e tuberculose. A visita técnica, levada a efeito pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara Federal, pode concluir, ao avaliar uma das alas que: Apelidada de “masmorra”, a parte superior do presídio é o pior lugar visto pela CPI. Em buracos de 1 metro por 1,5 metros, dormindo em camas de cimento, os presos convivem em sujeira, mofo e mau cheiro insuportável. Paredes quebradas e celas sem portas, privadas imundas (a água só é liberada uma vez por dia), sacos e roupas pendurados por todo lado...; uma visão dantesca, grotesca, surreal, absurda e desumana. Um descaso! Fios expostos em todas as paredes, grades enferrujadas, esgoto escorrendo pelas paredes, despejado no pátio. Sujeira e podridão fazem parte do cenário. (Câmara Federal. CPI: Sistema Carcerário/ 2009, pág. 168/170).

A partir da constatação dessas situações desumanas, vários programas do Governo Estadual foram elaborados, mas somente em 2014, para a solução do problema, inclusive com indicativo de demolição e início de obras, o que redundou, infelizmente, em suspensão

da desativação do Presídio, em 2015, de forma que: A suspensão da desativação do Presídio Central, em Porto Alegre, agravou ainda mais a situação precária do maior presídio do Rio Grande do Sul. A demolição de um dos pavilhões, sob a promessa de transferência de presos, só aumentou a superlotação da cadeia, que é considerada uma das piores do país. A falta de espaço para os detentos acabou aproximando facções rivais, favorecendo o clima de violência e hostilidade. Além da redução de espaço e aumento no número de presos, a desativação inacabada está impulsionando a prática de crimes dentro da cadeia. A tensão entre facções aumentou e os escombros já serviram até de abrigo para apenados que tentaram fugir. Drogas ficam escondidas em várias partes do presídio. (Portal de Notícias: G1- suspensão de demolição do Presídio Central de Porto Alegre).

Entretanto, agora, em outro trágico capítulo da história do sistema carcerário nacional, em função da pandemia do coronavírus, o jornalista investigativo Humberto Trezzi, em matéria intitulada “Covid-19 avança entre presos e agentes e espalha tensão nos presídios”, alerta que, nas últimas semanas, o novo coronavírus passou a se alastrar com mais velocidade pelas celas superlotadas, aumentando a tensão em um ambiente já muito conturbado por guerras entre facções e várias epidemias, como a tuberculose. Efeitos colaterais da crise já começam a aparecer no sistema na forma de aumento de tentativas de fugas e de rebeliões. Em um país no qual o crime organizado já domina boa parte da vida dentro das penitenciárias, só faltava mesmo essas gangues assumirem as ações contra a Covid-19 por não haver uma presença mais efetiva do Estado. E termina perguntando: Seria este o fundo do poço. (TREZZI, Humberto. Covid-19 nos presídios/2020). Eis o cenário geral que veio colher a Cadeia Pública de Porto Alegre que, apesar de alguma melhora geral de indicadores, haja vista que a lotação apresenta hoje 100% a mais da capacidade, vem incidir a crise sanitária provocada pela disseminação do coronavírus, cuja pandemia está sendo atravessada, agora, em 2.020.

2 | DO SISTEMA PRISIONAL E PANDEMIA: A CADEIA PÚBLICA DE PORTO ALEGRE

O enfrentamento da pandemia, no Brasil, se vê assistido pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 62, de 17.03.2020 que, considerando a obrigação do Estado brasileiro de assegurar o atendimento preventivo e curativo em saúde para pessoas privadas de liberdade, compreendendo os direitos de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde, assistência à família, tratamento de saúde gratuito, bem como o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às suas liberdades fundamentais, nos termos da Constituição Federal de 1988, do artigo 14 da Lei de Execução Penal – LEP – Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, da Portaria Interministerial nº 1, de 2 de janeiro de 2014, que instituiu a PNAISP - Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional,

bem como de uma série de normas legais atinentes ao Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo ao menor infrator, elabora as seguintes orientações, referentes ao sistema prisional brasileiro:

1. a suspensão da realização das audiências de custódia por 90 dias, com a manutenção do controle de prisão pela análise do auto de prisão em flagrante, além de medidas preventivas em outras audiências necessárias.
2. a reavaliação de prisões provisórias, especialmente quanto a grupos mais vulneráveis (como mães, portadores de deficiência e indígenas) ou quando o estabelecimento estiver superlotado ou sem atendimento médico.
3. a reavaliação de prisões preventivas com prazo superior a 90 dias ou que resultem de crimes menos graves, além de indicar que novas ordens de prisão devem respeitar 'máxima excepcionalidade'.
4. a avaliação de concessão de saída antecipada aos presos que já cumprem pena nos casos previstos em lei e na jurisprudência, e também a reconsideração do cronograma de saídas temporárias em aderência a planos de contingência elaborados pelo Executivo.
5. a opção pela prisão domiciliar aos presos em regime aberto ou semiaberto ou quando houver sintomas da doença, assim como suspensão da obrigatoriedade de apresentação em juízo pelo prazo de 90 dias nos casos aplicáveis.
6. zelar pela elaboração e implementação de um plano de contingências pelo Poder Executivo com medidas sobre higiene, triagem e circulação, assim como racionalização da organização das visitas para garantir a saúde dos envolvidos enquanto se mantém o fluxo de abastecimento de itens de necessidades básicas trazidos pelos visitantes, muitas vezes essenciais para a manutenção de padrões mínimos de sobrevivência. (BRASIL. CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 62. Agência CNJ de Notícias).

Na sequência, em 18.03.20, é publicada no Diário Oficial da União, a Portaria Interministerial nº 7, que dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, no âmbito do sistema prisional; estabelecendo procedimentos normativos e dotados de obrigatoriedade, apesar de estabelecer ressalvas de atuação, em função de planos de contingências dos locais de situação das casas prisionais. Previamente, diz que as determinações ali contidas estão de acordo com as orientações da Organização Mundial de Saúde, expedidas em 30.01.2020. Eis um resumo de tais disposições:

1. sistema de saúde penitenciária deve identificar os sintomas e casos suspeitos, entre os já custodiados e entre os ingressantes nas casas prisionais;
2. para tanto, estabelece grupos de risco, como idosos, pessoas com doenças crônicas, grávidas ou puérperas;
3. depois de identificados, devem ser colocados em isolamento, se possível,

guardadas as condições das casas prisionais; e através de outros procedimentos, quando não possível, além de seguir os protocolos de saúde, como higienização e uso de máscaras;

4. tais medidas devem ser aplicadas para quaisquer pessoas que objetivem ingressar no estabelecimento prisional, como visitantes, advogados, servidores, voluntários, profissionais de saúde, terceirizados e outros colaboradores;

5. encaminhamento dos casos confirmados aos serviços externos de saúde, de acordo com a gravidade do problema, sendo obrigatória sua notificação;

6. redução ou suspensão de visitantes, de quaisquer naturezas. (CNPCP - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução nº 5, 15.05.20).

A seu turno, a Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul expediu Ofício-Circular nº 017/2020-CGJ, datado de 26.03.20, em sintonia com a já referida Recomendação nº 62 do CNJ, em que recomenda aos magistrados de Varas de Execuções Criminais que a decisão relativa à concessão ou não de prisão domiciliar seja proferida individualmente em cada processo de execução, levando-se em consideração, tanto os aspectos de segurança pública, quanto de saúde da pessoa privada de liberdade, uma vez fiscalizados os estabelecimentos prisionais e observadas as peculiaridades locais de disseminação do vírus. Tais recomendações, além das anteriores, dizem respeito a que se deva exigir, sempre que possível, atestado médico acerca do estado de saúde do preso, com o consequente atendimento à rede pública de saúde, bem como o pertencimento aos grupos de risco como idoso ou portador de doença grave. Entretanto, acrescenta que seja observado o regime de cumprimento da pena, o tempo de pena e o saldo a cumprir, a natureza e a gravidade, além da data do cometimento do crime ensejador da condenação criminal, bem como o histórico do comportamento do preso, durante a execução da pena. (Tribunal de Justiça/RS. Ofício-Circular nº 017/2020-CGJ/20).

Entretanto, quanto à troca do regime e à soltura dos presos, principalmente, manifestaram-se, em sentido contrário, tanto o Governador do Rio Grande do Sul, quanto o Ministério Público/RS, além do CREMERS – Conselho Regional de Medicina, cada um deles elencando razões para que essa medida, ou não fosse adotada, ou fosse refreada, nos termos a seguir transcritos. Assim, de parte do Governo do Estado, o Governador Eduardo Leite, por meio da imprensa, declara que não há necessidade de estabelecer a soltura desses presos porque estamos, enquanto Governo, preparados e organizados para o atendimento em casos de coronavírus identificados nos presídios. O Poder Executivo é gestor do sistema prisional apenas da porta para dentro, mas quem tem a chave da porta que determina quem entra e quem sai é o Judiciário. Juízes que determinam a soltura e a prisão, não é o Governador do Estado. Nós discordamos da maior parte delas e elas nos preocupam de fato. Tratamos das unidades básicas de saúde, setores de isolamento de detentos para garantir o atendimento às pessoas que estão lá sobre a responsabilidade do

Estado. (LEITE, Eduardo, Governador do Estado do Rio Grande do Sul. In: Jornal Correio do Povo).

Por sua vez, O Ministério Público/RS, em nota, veio a afirmar que, ao observar o número elevado de solturas, neste período específico desde a Recomendação nº 62 do CNJ, não encontra outra motivação para tal elevação atípica, além do temor coletivo gerado pelo coronavírus. Nada de anormal aconteceu no país que pudesse explicar o elevado número de presos liberados no RS, em curto espaço de tempo, além da pandemia. Além disso, quando consultado, o Ministério Público também se manifestou, por meio de Luciano Vaccaro, como Coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal e de Segurança Pública do MP-RS, no sentido de que:

Tivemos no início, com a recomendação do CNJ, muitas solturas genéricas e ali o MP se insurgiu mesmo e as solturas diminuíram bastante. A gente recorreu, ganhamos recursos, e estamos trabalhando. Em alguns casos, foram colocados nas ruas presos que cometeram crimes graves e que não teriam cumprido tempo necessário na prisão para obter o benefício. Essas mortes não são raras de acontecer. As pessoas são soltas, acabam tendo conflitos e são mortas. Mas veja a ironia: foram soltos para a preservação da saúde, para não serem contaminados, mas acabaram mortos. (VACCARO, Luciano. Centro de Apoio Operacional Criminal e de Segurança Pública do MP-RS).

Nesse sentido, mesmo que se compreenda o foco do Ministério Público na questão central da segurança pública, que poderia ser ameaçada pela soltura dos presos e, até mesmo atendendo ao problema dos assassinatos ocorridos entre os presos, em função dessa soltura, não deixa de causar estranheza os argumentos no sentido de que nada justificaria o elevado número de presos liberados, a não ser o temor público acerca da pandemia, uma vez que, além do temor público, evidentemente fundamentado, havia o problema não solucionado da exposição direta dos custodiados à contaminação pelo coronavírus, dado que as medidas sanitárias adotadas se mostraram, ou insuficientes, ou pior, inexistentes. Cabe ressaltar, ainda, que o MP vem afirmar que logrou êxito em vários recursos, no sentido de impedir a soltura dos apenados. Nesses casos, vale perguntar: teriam tais recursos condenados esses custodiados ao contágio direto, sem as medidas sanitárias adequadas? Estaria, aqui, um dos fatores de transformação da crise sanitária em humanitária?

Para completar o quadro que se delineou no Estado, impacta, igualmente, a posição do CREMERS – Conselho Regional de Medicina/RS, por meio de Parecer do Grupo de Trabalho COVID-19 nº 01/2020, contendo medidas de enfrentamento ao COVID-19, no âmbito do Sistema Prisional do Rio Grande do Sul, no sentido de que a manutenção dos custodiados em ambiente prisional, principalmente daqueles que pertencem ao grupo de risco, é a medida que se apresenta mais segura no atual contexto, no qual a assistência médica pública e privada está restrita aos atendimentos de urgência, impossibilitando o atendimento ambulatorial dos custodiados junto às Unidades Básicas de Saúde e Hospitais

Públicos. Além disso, o deslocamento em via pública de idosos em vários Municípios do Rio Grande do Sul, destacando-se o Município de Porto Alegre, também está sendo restringido, o que dificultaria, inclusive, a própria subsistência desses custodiados, situação que deprime o sistema imunológico de qualquer ser humano. Assim, este Grupo de Trabalho, também recomenda que, durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública, os custodiados, principalmente aqueles pertencentes ao grupo de risco, mantenham-se recolhidos no Sistema Prisional, ambiente no qual sua condição de saúde é constantemente monitorada. (CREMERS – Conselho Regional de Medicina/RS. Institucional. Assessoria de Imprensa).

Nesse sentido, vale considerar que o Conselho Regional de Medicina, na referida Nota Técnica desse Grupo de Trabalho, não especifica as fontes que lhe forneceram os subsídios para elaborar tais determinações, no sentido de que as casas prisionais do Estado estariam cumprindo, de maneira mais eficaz, as medidas sanitárias de proteção à saúde dos apenados, que, mantidos em custódia, estariam em melhores condições de enfrentar o contágio do que se colocados em liberdade. Ademais, parece que o argumento, igualmente, questionável, diz respeito que, ao que parece, a pretensão era a de não elevar as necessidades de atendimento do sistema geral de saúde, já no limite máximo, a patamares ainda mais deficitários. Causa estranheza tais declarações, haja vista que, para a medicina, não poderiam se fazer diferenciações quanto ao atendimento de pessoas, a não ser no sentido de priorizar os que se encontrassem em piores situações, somente a partir de critérios médico-científicos, em que a condição de apenados sequer poderia ser levantada para estabelecer diferenciações de atendimento. Seria esse outro indício que aponta para uma crise humanitária, ao se fazer distinções entre pessoas a serem devidamente atendidas pelo sistema público de saúde? Ademais, se pode reforçar a questão: em que casas prisionais o CREMERS pode identificar, efetivamente, a melhor proteção aos apenados, uma vez mantidos sob custódia?

No que diz respeito, especificamente, ao foco do presente artigo e que se refere às condições da Cadeia Pública de Porto Alegre, essas últimas alegações de que as medidas sanitárias se mostraram satisfatórias para o enfrentamento da pandemia, intramuros da casa prisional, contrastam com as medidas judiciais últimas, tomadas pela Vara de Execuções Criminais, por meio da Juíza Sonáli Zluhan, que decidiu interditar a Cadeia Pública de Porto Alegre, em função do avanço do covid-19, na casa prisional, determinando que não podem mais entrar novos presos, bem como proibindo a movimentação interna de detentos, para evitar contatos entre as galerias e funcionários que trabalham no local, a partir de visita que a Magistrada fez ao presídio, para verificar as condições efetivas de combate à pandemia. Por conta disso, concedeu entrevista ao jornalista Vítor Rosa, da Rádio Gaúcha, em que afirmou, em relação às condições que encontrou na instituição penal:

Não possui local disponível para atender uma grande demanda de presos com covid, que necessitem de isolamento e medicação, sendo que somente

algumas áreas foram disponibilizadas para tal fim. Tal interdição tem como finalidade apurar, com a maior precisão possível, os presos que já estão contaminados, evitando que novos apenados que adentrem o estabelecimento se contaminem, o que causaria grande demanda de atendimento, inclusive hospitalar em alguns casos, sendo que não há leito suficiente e tampouco local de isolamento. Assim, a contaminação em massa seria, no mínimo, desastrosa e em proporções incontroláveis. (ZLUHAN, Sonáli. Juíza da Vara de Execuções Criminais/RS. Interdição da CPPA).

Eis, portanto, postas à mostra, as contradições sistêmicas e históricas de nosso sistema prisional que, apesar de medidas pontuais, que podem ter causado melhorias em certos sentidos, no tocante às contumazes agressões aos direitos humanos dos apenados, agora se vê diante das incongruências dos próprios órgãos do Estado que divergem, frontalmente, não apenas quanto às medidas a serem adotadas para o enfrentamento da pandemia, mas, principalmente, quanto às análises declaradas acerca das efetivas condições em que esse sistema, já falho, vem apresentar em relação à crise sanitária provocada pela disseminação do covid-19 que, assim, se transforma em crise humanitária. Ademais, tais dissonâncias se veem aumentadas, inclusive, pela participação de órgãos da sociedade civil organizada que se manifestaram sobre o problema. Provavelmente, nessa área, que pode ser abrangida pelo enquadramento de segurança pública, com foco na real situação dos apenados, é que se tenham verificado as maiores agressões à própria dignidade da pessoa humana, uma vez que a pena, de um modo geral, diz respeito à privação da liberdade, não à perda ou grave ameaça a esse direito humano fundamental que, insculpido na Constituição Federal, não exclui a ninguém de seu abrigo.

Ademais, o assassinato de presos que foram postos em liberdade, em função das guerras de facções, em suas disputas intestinas pelo comando, por exemplo, das áreas de tráfico de drogas e sua distribuição, levadas a efeito pelo crime organizado, evidencia, antes, mais um dos fatores de falência do sistema de segurança pública e, se é verdade que custodiados nas casas prisionais estariam afastados do perigo de tais ocorrências danosas, tais elementos paradoxais indicam, a seu turno, a reflexão necessária diante da possibilidade de se tomarem medidas extremas, notadamente, agora, diante de outro perigo intramuros, ou seja, a expansão do contágio pelo covid-19. Nesse sentido, se é correto que nas casas prisionais estariam livres, a princípio das execuções de facções rivais e isto só a princípio, pois existem denúncias sérias que indicam o contrário, ou seja, que tais ocorrências se verificam intramuros também; agora, ao se manterem esses apenados em casas penais em as devidas medidas sanitárias, se estaria, por sua vez, condenando-os ao risco de contágio. Eis as medidas extremas a serem tomadas em situações paradoxais.

3 | DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS: DESDOBRAMENTOS DO PROBLEMA

O que se pode destacar em função do que se expôs até aqui, diz respeito aos dois problemas com que se debatem os órgãos do Estado, em função das dissonâncias

quanto ao enfrentamento da pandemia no sistema prisional e, mais especificamente, na situação do Rio Grande do Sul e da Cadeia Pública de Porto Alegre, que podem ser assim expressas: as consequências advindas da soltura dos presos para a segurança pública da sociedade, em geral; e a implantação ou não de medidas sanitárias efetivas para a contenção do contágio na casa prisional em comento. Nesse sentido, quanto à soltura dos apenados, Hygino Vasconcelos, do Portal de Notícias UOL, declara que a soltura de presos em decorrência do coronavírus resultou no assassinato de 22 detentos no Rio Grande do Sul, o que corresponde a 13,9% dos homicídios em abril deste ano. A saída dos apenados foi recomendada pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) como medida preventiva à propagação da covid-19. Conforme a Secretaria da Segurança Pública (SSP), 11.677 pessoas ganharam a liberdade no Estado entre março e abril deste ano. O número é 67,2% maior do que em relação ao mesmo período do ano passado. (VASCONCELLOS, Hygino. RS: 13,9% das vítimas de homicídios em abril eram presos soltos por covid).

A seu turno, Ranolfo Vieira Júnior, como Secretário de Segurança Pública do Governo do Estado/RS, afirma que as mortes de presos soltos têm relação com as disputas do “submundo do crime”. Isso aponta para um outro dado, também objetivo, que esses indivíduos estão mais protegidos do ponto de vista de serem vítimas de homicídio dentro do sistema penitenciário do que na rua. A saída dos criminosos muitas vezes, mobiliza rivalidades entre grupos, abre disputas na hierarquia dos bandos e desencadeia ataques encomendados para acerto de contas. (VIEIRA JR. Ranolfo. Secretário de Segurança Pública/RS. In: RS: 13,9% das vítimas de homicídios em abril eram presos soltos por covid).

Por sua vez, consultado acerca dessa circunstância, o juiz-corregedor do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Alexandre de Souza Pacheco, enfatizou que:

A situação é alarmante, mas segue o que já acontecia antes da pandemia. A gente sabe que as facções comandam os presídios e que existe guerra de facções dentro e fora dos presídios. A maioria dos homicídios está relacionada à guerra de facções. Entre as explicações para os assassinatos estão, inclusive, dívidas contraídas pelos presos dentro das prisões. (PACHECO, Alexandre de Souza. Juiz-Corregedor do Tribunal de Justiça /RS).

Na sequência dos atos contraditórios dos órgãos do Estado que tratam do enfrentamento da pandemia, na página Institucional de divulgação da Assessoria de Comunicação da Procuradoria Geral do Estado, consta que o Governo/RS consegue, na Justiça, encerrar a interdição da Cadeia Pública de Porto Alegre, obtendo da própria juíza da 1ª Vara de Execuções Criminais, Sonáli da Cruz Zluhan, que a havia interditado, a suspensão de sua decisão anterior, uma vez tendo ouvido os argumentos da atuação conjunta da Procuradoria-Geral do Estado (PGE) e da Secretaria da Administração Penitenciária - SEAPEN, no sentido da reconsideração da decisão proferida em 21 de julho, esclarecendo que as medidas tomadas pela administração penitenciária no sentido de evitar a propagação da Covid-19 dentro da unidade, buscavam o adequado

acompanhamento dos pacientes infectados ou que apresentavam sintomas da doença. (PGE/RS – Assessoria de Comunicação).

Interessante observar que essa mesma matéria termina por afirmar que após essas informações, a juíza concluiu que há plano de ação contemplando a prevenção da pandemia dentro da casa prisional, motivo pelo qual é viável a liberação da unidade, suspendendo a interdição; vindo a declarar que:

Entendo que o plano possibilita controle da doença, com perspectivas de tratamento e amplo atendimento ao preso que a contraia. Assim, por ora, é possível, após o decurso do prazo de 15 dias previsto com a interdição, liberar a entrada de apenados na CPPA mediante controle que já estava sendo feito anteriormente. (ZLUHAN, Sonáli. Juíza da Vara de Execuções Criminais/RS. Suspensão da Interdição da CPPA).

Cabe ressaltar que, quando em visita técnica que realizou, em 21 de julho do corrente, in loco, a juíza da 1ª VEC – Vara de Execuções Criminais constatou as referidas situações insalubres, bem como o fato de não existirem as condições sanitárias mínimas, de forma que interditou a casa prisional e que, agora, apenas 15 dias depois, eis que suspende a interdição porque acata as alegações dos órgãos executivos encarregados do sistema prisional estadual, no sentido de que essas condições sanitárias não apenas melhoraram, mas tornaram possível o levantamento da interdição. Torna-se, portanto, curiosa essa circunstância, que nos obriga a perguntar se não teria acontecido algo distinto, pois, desde março, quando da edição pelo CNJ e Governo Federal, das medidas para o enfrentamento da pandemia, tais planos de contingências não tinham sido implantados e o teriam sido, agora, em apenas 15 dias.

Ademais, diante dessa situação, se pode perguntar se não teria acontecido o contrário, ou seja, uma vez que a criminalidade, durante a pandemia, ainda que possa ter arrefecido em alguns indicadores, não desapareceu, o sistema de persecução penal teve que continuar atuando. Assim, com a interdição do maior presídio do Estado, durante esses quinze dias de interdição, fica o questionamento: onde, exatamente, teriam sido alocados os apenados, ou infratores, ainda que presos provisoriamente, se não puderam ser custodiados na Cadeia Pública de Porto Alegre? A resposta parece óbvia: certamente a incidência criminal fez com que outros órgãos do sistema, tais como Delegacias, e/ou demais casas prisionais, por exemplo, abrigassem esses detentos, de forma que estas acabaram, a seu turno, enfrentando, além de superlotação, como costumeiramente ocorre, toda uma série de problemas graves, relativos às situações sanitárias. Portanto, não haveria outra solução que não a de levantar a interdição. Dessa forma, se estaria, em outra medida extrema, diante desse problema paradoxal, privilegiando o encarceramento, ao invés da implantação de efetivas medidas sanitárias?

Em matéria intitulada “Pandemia na Segurança Pública”, Andrei Rodrigues, como Delegado da Polícia Federal e ex-Secretário de Segurança para grandes eventos, pondera

que a ausência de coordenação e de integração entre a União e seus entes federativos mostra equívoco, governança indefinida e nenhuma capacidade de gestão. Nesse sentido, declara que:

Prover segurança pública é, fundamentalmente, identificar riscos, neutralizar ameaças e reduzir vulnerabilidades, com definição de estratégias, planos, metas e recursos. Graças à ciência, a crise sanitária vai passar, mas a “pandemia” da segurança pública não, mantido o modelo atual e a tendência de aumento da violência, a considerar o crescimento de 11% do número de homicídios entre 2019/2020, segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. (RODRIGUES, Andrei. In: Jornal Zero Hora, pág. 23, de 18.06.20).

Ainda que se possa, então, justificar que a pandemia veio colher a todos, quer órgãos públicos, quer entidades da sociedade civil organizada, sem aviso e de forma rápida e violenta, nada justifica a demora em implantar certas medidas sanitárias mínimas para o seu enfrentamento e o que se pode evidenciar, precisamente, é que a disseminação do coronavírus produziu a colocação às claras, pela exposição direta, dos referidos problemas estruturais do sistema carcerário nacional, bem como, especificamente, da Cadeia Pública de Porto Alegre. Além do mais, ficou evidenciado que esse problema de segurança pública se refere, também, a um grave problema de gestão, que se mostra pela falta de coordenação dos diversos órgãos que tratam do problema, quer em nível federal, bem como dos demais entes federados e da relação entre si; e, principalmente, pela falta de uma orientação geral, capaz de organizar as decisões tomadas, muitas vezes díspares e que, ao invés de contribuir para minimizar as circunstâncias atentatórias aos direitos humanos, os fragilizam ainda mais.

O próprio reconhecimento, feito por órgãos e agentes públicos, de que as casas prisionais são dominadas pelas facções do crime organizado e de que esses apenados, uma vez mantidos em custódia, se veem mais seguros do que nas ruas, em que ocorrem os assassinatos pela disputa do “mercado sujo” desse crime organizado, já desvela uma falência do próprio Estado em tratar de tais questões. Da mesma forma, essa falência se vê demonstrada, historicamente, pelas precariedades já enfrentadas pelo sistema prisional, colocado em total desleixo, salvo algumas medidas pontuais, em que esse mesmo Estado não foi capaz de solucionar os problemas básicos de superlotação e insalubridade e que, agora, não consegue implantar medidas sanitárias satisfatórias nas casas prisionais.

Nesse contexto, portanto, é que a pandemia vem como que representar uma espécie de segunda condenação a esses apenados que, não apenas vivenciam a realidade do cumprimento das penas, em situações de insalubridade e superlotação, como, agora, se veem diante das condições sanitárias propícias somente ao desenvolvimento do contágio. Ademais, na maioria das vezes, a real situação em que vivem esses apenados, nas diversas casas prisionais sofre as consequências de um sistema de invisibilidade, em que, ou nada se divulga a esse respeito, ou, quando noticiado, se relega a uma contingência de somenos

importância, diante dos demais problemas sociais que se tem que enfrentar em função da pandemia. Nesse sentido, a crise sanitária tem se transformado em crise humanitária, desvelando mais essa agressão violenta aos direitos humanos fundamentais.

A própria interdição da Cadeia Pública de Porto Alegre, pela Vara de Execuções Criminais, como tentativa de minimizar a contaminação, tanto de apenados, quanto de agentes carcerários, indica que não foi reconhecido o emprego das medidas concretas tendentes a minimizar a expansão do vírus, apesar das alegações da autoridade carcerária, em sentido contrário. Entretanto, apenas 15 dias depois, a interdição foi suspensa, uma vez que a própria VEC concluiu que a interdição estava causando dano em todo o sistema carcerário regional, bem como às delegacias de polícia, haja vista que a criminalidade continuava a ocorrer e, logo, o conseqüente encarceramento, ainda que provisório, acabava acarretando a superlotação de todo o sistema, que não pode prescindir da CPPA, de forma que, ao que parece, as condições sanitárias foram relegadas a segundo plano.

Eis o problema complexo que atravessa toda a pesquisa, na relação extremada entre a crise humanitária e seu agravamento pela crise sanitária, levando aos seguintes questionamentos: Diante da pandemia e com o fato concreto constatado de que as medidas sanitárias, se empregadas, não foram suficientes para conter o contágio, o que se deve fazer com os apenados? A soltura seria viável como medida humanitária? E os riscos à segurança pública da sociedade? Ou os apenados estariam menos expostos se mantidos em custódia? Nenhuma dessas questões parecem ter sido resolvidas, de maneira que o problema só tende a evidenciar suas maiores complexidades.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. 2009. Disponível em: file:///D:/Downloads/cpi_sistema_carcerario.pdf. Acesso em: 17.11.2020.

BRASIL. Câmara Federal. CPI: Sistema Carcerário/ 2009, pág. 168/170. Disponível em: file:///D:/Downloads/cpi_sistema_carcerario.pdf. Acesso em: 17.11.2020.

BRASIL. CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 62. Agência CNJ de Notícias. Acesso em: 11.11.20. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/covid-19-cnj-emite-recomendacao-sobre-sistema-penal-e-socioeducativo/>

BRASIL. Governo Federal. Ministério da Justiça. CNPCP - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução nº 5, 15.05.20. Acesso em: 11.11.20. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-5-de-15-de-maio-de-2020-25739038>.

BRASIL. Tribunal de Justiça/RS. Ofício-Circular nº 017/2020-CGJ/20. Acesso em: 17.11.20. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/static/2020/03/Of%C3%ADcio-Circular-017-2020-CGJ.pdf>

CREMERS – Conselho Regional de Medicina/RS. Institucional. Assessoria de Imprensa. Recomenda que presos do grupo de risco permaneçam em presídios. Acesso em: 30.07.20. Disponível em: <https://cremers.org.br/cremers-recomenda-que-presos-do-grupo-de-risco-permanecam-em-presidios/>

GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Procuradoria Geral do Estado. Assessoria de Comunicação. Disponível em: <https://www.estado.rs.gov.br/governo-consegue-na-justica-encerrar-a-interdicao-da-cadeia-publica-de-porto-alegre>. Acesso em: 11.11.20.

LEITE, Eduardo. Governador do Estado do Rio Grande do Sul. In: Jornal Correio do Povo. Acesso em: 17.11.20. Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADtica/leite-%C3%A9-contra-soltura-de-presos-por-covid-19-e-garante-que-h%C3%A1-plano-contrad%C3%A7a-nos-pres%C3%ADdios-1.409637>

PACHECO, Alexander de Souza. Juiz-Corregedor do Tribunal de Justiça /RS. In: RS: 13,9% das vítimas de homicídios em abril eram presos soltos por covid. Acesso em: 09.11.20. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/05/14/rs-139-dos-assassinatos-de-abril-foram-de-presos-soltos-por-coronavirus.htm>

PORTAL DE NOTÍCIAS UOL/G1- suspensão da demolição do Presídio Central de Porto Alegre. Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/02/suspensa-demolicao-em-presidio-do-rs-agrava-tensao-entre-faccoes.html>. Acesso em: 11.11.2020.

RODRIGUES, Andrei. Pandemia na Segurança Pública. In: Jornal Zero Hora, dia 18.06.20. pág. 23.

TREZZI, Humberto. Covid-19 avança entre presos e agentes e espalha tensão nos presídios. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/covid-19-avanca-entre-presos-e-agentes-e-espalha-tensao-nos-presidios/>. Acesso em: 11.11.20.

VASCONCELLOS, Hygino. RS: 13,9% das vítimas de homicídios em abril eram presos soltos por covid. Acesso em: 11.11.20. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/05/14/rs-139-dos-assassinatos-de-abril-foram-de-presos-soltos-por-coronavirus.htm>

VIEIRA JR. Ranolfo. Secretário de Segurança Pública/RS. In: RS: 13,9% das vítimas de homicídios em abril eram presos soltos por covid. Acesso em: 17.11.20. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/05/14/rs-139-dos-assassinatos-de-abril-foram-de-presos-soltos-por-coronavirus.htm>

ZLUHAN, Sonáli. Juíza da Vara de Execuções Criminais/RS. In: presídio central está interditado pela Justiça. Zero Hora, 22.07.20. pág. 19.

_____. Juíza da Vara de Execuções Criminais/RS. Suspensão da Interdição da CPPA). Acesso em: 10.11.2020. Disponível em: <https://www.estado.rs.gov.br/governo-consegue-na-justica-encerrar-a-interdicao-da-cadeia-publica-de-porto-alegre>

CAPÍTULO 12

DA COMPLEXA RELAÇÃO CÁRCERE E MATERNIDADE: A DISSEMINAÇÃO DA PANDEMIA NO SISTEMA PRISIONAL FEMININO

Data de aceite: 01/11/2021

Henrique Alexander Keske

Doutor em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/RS. Graduado em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos. Advogado

Claudine Freire Rodembusch

Doutora em Direito pela Universidade de Burgos, Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Especialista em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Advogada, Professora do Curso de Direito da Faculdade Estácio de Sá Rio Grande do Sul

RESUMO: O presente artigo apresenta as ínsitas imbricações que envolvem a circunstância específica do encarceramento feminino, dentro do contexto geral do sistema de justiça criminal do país, mas com foco na dupla condição vivida pela mulher, como apenada e mãe, com a complexidade existencial acerca do cuidado a ser dispensado a seus filhos e filhas, notadamente no contexto da pandemia do coronavírus. Por conta disso, trata de evidenciar um breve histórico dos problemas e precariedades estruturais nesse sistema de custódia penal, abordando essas mesmas circunstâncias em relação às medidas tendentes ao enfrentamento da expansão do contágio nas casas prisionais femininas, bem como das conflitantes disposições dos órgãos do próprio Estado brasileiro que tratam dessas questões.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema de encarceramento feminino – apenadas mães – pandemia - medidas contraditórias dos órgãos do Estado.

ABSTRACT: This article presents as intrinsic implications that involve the specific circumstance of female incarceration, within the general context of the country's criminal justice system, but with a focus on the double condition experienced by women, as convicted and mother, with the existential complexity of care for be dispensed to his sons and daughters, notably in the context of the coronavirus pandemic. Because of this, it tries to show a brief history of the problems and precariousness about this system of criminal custody, addressing these issues in relation to the measures tending to face the spread of contagion in female prison houses, as well as the conflicting provisions of the organs of the State itself that deal with these issues.

KEYWORDS: Female incarceration system - jailed mothers - pandemic - contradictory measures by State agencies.

1 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS E BREVE HISTÓRICO DO PROBLEMA

O problema investigado diz respeito à complexa relação que se estabelece quanto à dupla condição de mãe e apenada, bem como a efetiva atenção e cuidados a serem, obrigatoriamente, dispensados aos seus filhos e filhas, tendo como ponto de partida a Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário/2.009, que considera o

encarceramento feminino como vergonha nacional, em função do abandono a que são submetidas as mulheres, além de agressões à dignidade da pessoa humana e violações dos direitos humanos fundamentais, tanto de apenadas, quanto de seus filhos e filhas. Nesse sentido e de forma ampla, essa CPI estruturou-se com a finalidade de investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro, com destaque para a superlotação dos presídios, custos sociais e econômicos desses estabelecimentos, a permanência de encarcerados que já cumpriram a pena, a violência dentro das instituições do sistema carcerário, corrupção, crime organizado e suas ramificações nos presídios e buscar soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal LEP. (Câmara Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário/2009).

No caso específico das mulheres encarceradas, a referida CPI contou com o Parecer elaborado por Lélia Almeida, do Projeto Mulheres da Paz, Márcia de Alencar e Rosângela Peixoto Santa Rita, do DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, que juntamente com a Coordenação do PRONASCI - Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania, identificaram que:

As mulheres encarceradas nunca foram contempladas com uma política criminal e penitenciária que as considere, em nenhuma legislação especial, como sujeitos de direitos, e nem o Estado brasileiro jamais se responsabilizou por elas. A realidade de mulheres encarceradas revela a urgência na implantação e implementação de políticas públicas dentro de uma perspectiva transdisciplinar de atuação integrada nas áreas sociais, criminais e de execução penal. O direito à educação e ao trabalho não é garantido a todas as detentas – o que atavanca a garantia legal de remição de pena por estudo – não há separação de unidades entre presas provisórias e condenadas, o tempo legal de garantia de permanência de mães com suas crianças em lugar algum é plenamente respeitado. (ALMEIDA, ALENCAR e SANTA RITA, CPI do sistema prisional, pág. 289 e seguintes).

Segue-se, então, para a pesquisa promovida pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, intitulada “Dar à luz na sombra”, levada a efeito em 2014, ou seja, cinco anos depois, ainda constatando as mesmas violações aos direitos humanos e precariedades inerentes ao sistema. Nessa pesquisa, coordenada por Ana Braga e Bruna Angotti, acerca da situação prisional feminina no país, promovida para se chegar a um diagnóstico quanto às condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão, consta o Parecer de que o cárcere brasileiro é lugar de exclusão social, espaço de perpetuação das vulnerabilidades e seletividades das práticas extramuros. Especificamente nas unidades femininas, encontramos maiores violações no tangente ao exercício de direitos de forma geral, e em especial dos direitos sexuais e reprodutivos, bem como de acesso à saúde especializada, em especial a ginecologistas. (BRAGA e ANGOTTI, Dar luz à sombra, 2014).

Nesse mesmo documento, se desvela a consequência trágica que envolve, não apenas à mulher encarcerada, mas a sua condição de mãe, onde se foca, agora, a situação

relativa aos filhos e filhas dessas apenas:

Especialmente o aprisionamento feminino traz uma questão importantíssima, que deve ser preocupação central das gestoras do sistema e idealizadoras de políticas prisionais: a população invisível que habita o nosso sistema prisional, as filhas e filhos de presas que vivem nas mais diversas e adversas condições nas prisões brasileiras. A sobrevivência, com dignidade, de uma criança depende de alimentação, cuidados, assistência material e afetiva. Para tanto, é necessário, com a máxima urgência, elaborar e implementar políticas que tratem da permanência do bebê com a mãe, que privilegiem o desencarceramento e, em casos de manutenção da prisão, que esta convivência se dê em ambiente confortável e salubre para ambas as partes, com recursos e suporte para a garantia dos direitos dessas mulheres e crianças. (BRAGA e ANGOTTI, 2014, pág. 78).

Mais três anos se passaram do relatório anterior e cerca de oito anos depois da CPI; e se chega ao estudo realizado pela FIOCRUZ – Fundação Oswaldo Cruz, que descreve, em 2017, o perfil da população de mulheres encarceradas que vive com seus filhos em unidades prisionais femininas do Brasil. Com tais apontamentos, se pode verificar o quadro dramático do encarceramento feminino, acentuado pela condição da maternidade; dado que, nesse estudo, realizado pela FioCruz, se descreve pela primeira vez, em nível nacional, o perfil da população de mulheres encarceradas, que vivem com seus filhos em unidades prisionais femininas das capitais e regiões do Brasil, assim como as características e as práticas relacionadas à atenção, à gestação e ao parto durante o encarceramento. A pesquisa revela, por exemplo, que mais de um terço das mulheres presas grávidas relataram o uso de algemas na internação para o parto, 83% tem pelo menos um filho, 55% tiveram menos consultas de pré-natal do que o recomendado, 32% não foram testadas para sífilis e 4,6% das crianças nasceram com sífilis congênita. (FIOCRUZ. Nascer nas prisões: gestação e parto atrás das grades no Brasil, 2017).

Essa pesquisa da FIOCRUZ foi coordenada por Maria do Carmo Leal e Alexandra Roma Sánchez, como pesquisadoras ligadas à Escola Nacional de Saúde Pública dessa entidade, em cujo Parecer fizeram constar que:

Visitamos todas as prisões femininas de todas as capitais e regiões do Brasil que recebem grávidas e mães. Verificamos que foi baixo o suporte social e familiar recebido, e foi frequente o uso de algemas na internação para o parto, relatado por mais de um terço das mulheres. Piores condições da atenção à gestação e ao parto foram encontradas para as mães encarceradas em comparação às não encarceradas, usuárias do SUS. O estudo mostrou também que havia diferença na avaliação da atenção recebida durante a internação para o parto de acordo com a condição social das mães. Foi menor a satisfação para as pobres, as de cor de pele preta ou parda. (LEAL e SÁNCHEZ, Pesquisa FIOCRUZ, 2017, pág. 01).

Nesse contexto, então, mais três anos se passaram e se chega, agora, ao necessário enfrentamento da pandemia que, desde o princípio, vem a atingir o sistema prisional como um todo e, evidentemente, o sistema nacional de encarceramento feminino,

em que essas situações, anteriormente relatadas, que não só não foram corrigidas, mas, ao contrário, vieram a ser ampliadas, haja vista a própria ampliação do encarceramento, pelo próprio acréscimo dessa demanda em termos de segurança pública; e que traz, então, as consequências graves a se considerar quanto à dupla condição de apenada e de mãe, bem como exige uma atenção especial aos filhos e filhas de tais custodiadas. Por conta disso, então, os objetivos da pesquisa se focam em apresentar as recomendações da Resolução nº 62, do Conselho Nacional de Justiça, bem como da Portaria Interministerial nº 7, dos Ministérios da Saúde e da Justiça, contendo as medidas indicadas para conter o avanço da covid-19 no sistema prisional como um todo, com a atenção especial dada às mulheres apenadas na condição de gestantes, lactantes, puérperas e mães de crianças até os 12 anos de idade, com fulcro na legislação específica a esse respeito.

Depois, se parte para os possíveis enfrentamentos entre as medidas propostas e efetivamente concretizadas no sistema e atinentes ao combate à disseminação do vírus. Ademais, no que concerne ao método empregado, o artigo se debruça na análise das vitorias técnicas já assinaladas, juntamente com as disposições legais, ao longo do tempo, bem como as contrapõem com a realidade a ser encontrada ainda, quanto aos problemas estruturais evidenciados, notadamente, agora, pois sobre essas condições veio a incidir a pandemia que estamos a atravessar.

Destacam-se, nesse sentido, sérios indícios que apontam para a não efetividade de tais medidas, em função de Habeas Corpus Coletivo, movido por 16 Defensorias Públicas de Estados Brasileiros, solicitando ao STF a soltura das presas e de seus filhos, por medida humanitária, em função de não se terem concretizado tais medidas sanitárias, de maneira satisfatória e que sofreu recurso do Ministério Público, acatado por decisão do Supremo, negando a soltura das presas. Eis, então, a pergunta norteadora da pesquisa: deve-se, nesse cenário, fazer valer a postura humanitária, ou, ao contrário, precaver-se contra possíveis agressões à segurança pública, em função da soltura das presas que não encontram no sistema carcerário as condições de não se contaminarem pelo covid-19? E, pior ainda, o sistema, ao não soltar as presas, estaria, concomitantemente, condenando seus filhos e filhas ao contágio? Não seria o momento de se considerar a possibilidade de medidas extremas diante dessa situação paradoxal, em que as casas prisionais não cumpriram com as medidas sanitárias e apenadas, em geral, além daquelas ainda aguardando julgamento, estariam expostas, junto de seus filhos e filhas aos riscos do contágio. Não se pode transferir as penas para outrem, no caso, os filhos e filhas das apenadas, isto é certo! Mas e quanto ao contágio essa penalidade não restaria, então, replicada?

2 | PROBLEMAS ESTRUTURAIS E SISTÊMICOS X A PANDEMIA

Nesse contexto de problemas e/ou falhas estruturais e históricas do sistema de justiça criminal do país, de maneira geral, mas que, provavelmente, guardadas as nuances antes

referidas quanto à custódia de apenadas mães, se aplica ao sistema de encarceramento feminino, merece destaque a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF 347), julgada inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal em setembro de 2015, enquanto ação de controle de constitucionalidade ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, na qual foi reconhecido o «estado de coisas inconstitucional» da situação do sistema carcerário brasileiro. Nesse sentido, o Informativo do Supremo Tribunal Federal, de 7 a 11 de setembro de 2015 - Nº 798 atesta que o Plenário do STF anotou que, no sistema prisional brasileiro, ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o FUNPEN – Fundo Penitenciário Nacional, teriam sido transgredidas. (STF, Informativo, 07-11/09/2015, nº 798).

Ainda na esteira das conclusões a que chegou o Plenário do STF para, em 2015, seis anos depois da referida CPI da Câmara Federal, ter julgado que o sistema carcerário nacional se enquadrava nas definições de “estado de coisas inconstitucional”, fica evidenciado que, se alguma medida fora tomada, em função do diagnóstico da Comissão Parlamentar de Inquérito, tais ações não lograram o êxito necessário para, pelo menos, atenuar a situação de gravidade humanitária verificada no sistema. Nesse sentido, vale destacar algumas outras dessas conclusões:

- a. a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercutiria além das respectivas situações subjetivas e produziria mais violência contra a própria sociedade;
- b. a prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública estaria nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passaria a cometer crimes ainda mais graves;
- c. a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social;
- d. a responsabilidade por essa situação não poderia ser atribuída a um único e exclusivo poder, mas aos três — Legislativo, Executivo e Judiciário —, e não só os da União, como também os dos Estados-Membros e do Distrito Federal;
- e. haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal;
- f. além disso, faltaria coordenação institucional. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representaria falha estrutural a gerar tanto

a ofensa reiterada dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. (STF, Informativo, 07-11/09/2015, nº 798).

Pelo que se pode perceber, então, não existe o problema de ausência de diagnósticos realistas acerca de tais falhas estruturais e históricas, que afetam o sistema carcerário nacional, tanto de iniciativa do Poder Legislativo, quanto do Judiciário, uma vez provocado pela sociedade civil organizada, nem mesmo ausência de pesquisas levadas a efeito por entidades representativas desse mesmo contexto social. Entretanto, apesar de se averiguar a ocorrência de tais situações, o problema conjuntural se arrasta ao longo de vários anos, sem que, por exemplo, políticas públicas eficazes, tendentes ao enfrentamento dessa demanda social pudessem indicar, pelo menos, um caminho assertivo de sua solução. Novamente, então, se deve acrescentar que é sobre esse cenário que veio a incidir a disseminação do coronavírus, cuja pandemia se atravessa agora.

Não tardaram, porém, pelo menos formalmente, a promulgação de medidas consideradas necessárias para conter a disseminação do coronavírus em nosso contexto prisional, tanto da parte do Poder Judiciário, quanto do Poder Executivo, notadamente, quanto ao tema em comento, ou seja, das mulheres apenadas e mães, haja vista que o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 62, de 17.03.2020 que, considerando a obrigação do Estado brasileiro de assegurar o atendimento preventivo e curativo em saúde para pessoas privadas de liberdade, compreendendo os direitos de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde, assistência à família, tratamento de saúde gratuito, bem como o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às suas liberdades fundamentais, vem propor as medidas necessárias ao enfrentamento da pandemia no sistema carcerário nacional. Essa Resolução cita, expressamente, que cumpre com os termos da Constituição Federal de 1988, do artigo 14 da Lei de Execução Penal – LEP – Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984, do Decreto no 7.508, de 28 de junho de 2011, da Portaria Interministerial nº 1, de 2 de janeiro de 2014, que instituiu a PNAISP - Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional, bem como de uma série de normas legais atinentes ao Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo ao menor infrator. Além disso, elabora uma série de orientações, de que destacamos às referentes ao tema em comento:

1. a reavaliação de prisões provisórias, especialmente quanto a grupos mais vulneráveis (como mães, portadores de deficiência e indígenas) ou quando o estabelecimento estiver superlotado ou sem atendimento médico.
3. a reavaliação de prisões preventivas com prazo superior a 90 dias ou que resultem de crimes menos graves, além de indicar que novas ordens de prisão devem respeitar 'máxima excepcionalidade'.
4. a avaliação de concessão de saída antecipada aos presos que já cumprem pena nos casos previstos em lei e na jurisprudência, e também a reconsideração do cronograma de saídas temporárias em aderência aos planos de contingência

elaborados pelo Executivo.

5. a opção pela prisão domiciliar aos presos em regime aberto ou semiaberto ou quando houver sintomas da doença, assim como suspensão da obrigatoriedade de apresentação em juízo pelo prazo de 90 dias nos casos aplicáveis. (BRASIL. CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 62. Agência CNJ de Notícias).

Logo a seguir, em 18.03.20, é publicada no Diário Oficial da União, a Portaria Interministerial nº 7, que dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, no âmbito do sistema prisional; e que, previamente, diz que as determinações ali contidas estão de acordo com as orientações da Organização Mundial de Saúde, expedidas em 30.01.2020. Eis um resumo de tais disposições:

1. sistema de saúde penitenciária deve identificar os sintomas e casos suspeitos, entre os já custodiados e entre os ingressantes nas casas prisionais;
2. para tanto, estabelece grupos de risco, como idosos, pessoas com doenças crônicas, grávidas ou puérperas;
3. depois de identificados, devem ser colocados em isolamento, se possível, guardadas as condições das casas prisionais; e através de outros procedimentos, quando não possível, além de seguir os protocolos de saúde, como higienização e uso de máscaras. (CNPCCP - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução nº 5, 15.05.20).

Pode-se observar, então, que tanto a Resolução do CNJ, quanto a Portaria Interministerial, destacam, de forma explícita, a inclusão de mães, grávidas e puérperas entre os grupos de risco e, logo, entre os que merecem atenção especial em função da pandemia. Ademais, na seleção que se faz, aqui, das medidas de reavaliação de prisões provisórias e preventivas, ou saída antecipada dos que já cumprem penas nos casos previstos em lei e jurisprudência, bem como a opção por mudança de regime, para o de prisão domiciliar, se quer destacar o escopo de medidas humanitárias, focadas nessa condição de apenadas mães, grávidas ou puérperas que se encontrem nessas situações, uma vez que as unidades prisionais não tenham podido cumprir com as medidas sanitárias a serem efetivadas para conter a disseminação do coronavírus nesse contexto. Nesse sentido, a notória demora no seguimento dos devidos processos penais e a falta de condições sanitárias estariam, com certeza, expondo tais apenadas a riscos muito maiores de contágio, bem como a seus filhos e filhas.

De certa forma, essa atenção especial deferida às apenadas mães já vinha sendo deferida, mesmo antes da pandemia, em função de decisão do próprio STF que, em fevereiro de 2018, através da Segunda Turma decidiu, por maioria de votos, conceder Habeas Corpus (HC 143.641) coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da

aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP). Nesse sentido, para o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, impetrante do habeas corpus, a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, tira delas o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto; e ainda priva as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constituindo-se em tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa. (STF Notícias, 20.02.2018).

Entretanto, de acordo com Eloísa Machado, professora da FGV/Direito - SP, Coordenadora do centro de pesquisas Supremo em Pauta e uma das autoras do habeas corpus, o referido Coletivo de Advogados em Direitos Humanos protocolou, em 12.03.20, uma petição nos autos do HC 143.641, com a análise de 468 decisões monocráticas proferidas por Ministros entre fevereiro de 2018 e agosto de 2019, no sentido de que, em ações referentes a mulheres presas gestantes ou mães de crianças pequenas, estão sendo descumpridas as decisões exaradas pelo próprio STF, vindo a concluir que: “É inadmissível que os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal deixem de reconhecer a ordem de habeas corpus dada pelo Tribunal. Com isso, eles se somam às demais autoridades coatoras que mantêm mulheres presas antes da condenação e longe de seus filhos e filhas”. (PORTAL DE NOTÍCIAS UOL: Supremo descumpra sua própria decisão e afeta presas grávidas e mães).

Agora, entretanto, em função da eclosão da pandemia, diversas instituições e entidades admitidas como interessadas nesse processo do HC 143.641, antes referido, na condição de “amici curiae” requereram, ao STF, a concessão de liminar para que todas as mulheres que sejam mães de filhos de até 12 anos ou que tenham deficiência e as gestantes sejam colocadas em prisão domiciliar, independentemente das exceções estabelecidas no julgamento daquele HC, entre as quais se incluíam casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou situações excepcionais devidamente fundamentadas pelos juízes. Esse pedido foi alocado ao Min. Ricardo Levandowski, Relator do HC, que observou, em seu despacho, datado de 23.03.20, que, embora a pandemia possa assumir “proporções catastróficas” no sistema carcerário, o Poder Judiciário está atuando para proteger os diversos grupos de risco, citando a Recomendação nº 62 do CNJ, de 17.03.20, para a adoção de providências para reduzir os riscos epidemiológicos da disseminação do vírus. Nesse sentido, porém, determinou que não é viável, em princípio, a expedição de alvará de soltura coletivo, de forma que caberia ao Parlamento, a elaboração de lei nesse sentido, antes de sua adoção por meio de decisão judicial. Despachou, ainda, no sentido de que os responsáveis pelos sistemas penitenciários nacional e estaduais informem, em 48 horas, quais as medidas tomadas nas unidades prisionais sob suas supervisões para conter a pandemia do novo coronavírus.

(NOTÍCIAS STF. Ministro nega a expedição de alvará de soltura coletivo).

Entretanto, em que pese os atos normativos antes referidos, bem como as recomendações do CNJ e dados fornecidos pelo sistema prisional, se percebe que, em função da pandemia, provavelmente se pode verificar um hiato maior entre a expedição de tais medidas tendentes a conter o contágio e sua efetiva concretização nas casas prisionais, notadamente em relação às apenadas gestantes, puérperas, ou mães, haja vista da propositura de um novo habeas corpus coletivo, encaminhado ao STF em data de 26.05.20, em que Defensorias Públicas de 16 unidades federativas, em atuação conjunta com o GAETS - Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores, pedem que todas as mulheres gestantes e lactantes presas no país sejam soltas ou possam cumprir a pena em prisão domiciliar. Nesse sentido, nesse novo HC está requerida a concessão da ordem para a imediata soltura de todas as mulheres presas, desde que gestantes, puérperas e lactantes, sendo garantida a liberdade provisória, ou, ao menos, a prisão domiciliar a todas aquelas que estão presas preventivamente; e a prisão domiciliar ou regime aberto domiciliar para todas que já estejam cumprindo pena por decisões condenatórias transitadas em julgado ou não. O documento menciona a já referida Resolução nº 62 do CNJ e afirma que todas essas medidas convergem para um mesmo objetivo, que é o de diminuir a superlotação do sistema prisional, um dos maiores motivos de sua especial vulnerabilidade frente à pandemia. Alegando que a adoção de medidas para diminuir a ocupação das unidades prisionais com o objetivo de conter o avanço da pandemia vem sendo tomado em diversos países, como é o caso dos Estados Unidos, do Irã, da Alemanha e do Reino Unido. (Defensoria Pública/SP. Habeas Corpus coletivo).

Destaca-se, ainda, que HC movido pelas Defensorias Públicas, antes referido, solicitando a soltura das apenadas grávidas, puérperas e mães, em função da pandemia, foi negado pelo STF, que acolheu, para sua decisão, as alegações do MP Federal, no sentido de que:

O Ministério Público Federal (MPF) destaca a inviabilidade da concessão de ordem liberatória genérica e em abstrato, porque “o drama da pandemia não se resolve, nem se compensa, com a singela, e desresponsabilizante para o Estado, liberação maciça de presas”. O MPF ressalta ainda que o atendimento do pedido poderia “acarretar um maior dano do que os próprios males que a doença propaga em sociedade já abalada por dados que afligem”. (STF – NOTÍCIAS: Ministro determina que tribunais sigam orientação do CNJ sobre pandemia para presas gestantes e lactantes).

Pelo exposto, se pode bem perceber que, efetivamente, os problemas estruturais e históricos que afetam o sistema carcerário nacional, sem sombra de dúvida, dizem respeito à necessidade de uma ação conjunta dos Poderes do Estado, já que é responsabilidade desse mesmo Estado, inarredável, fornecer as condições de segurança pública para o adequado cumprimento das penas que, entretanto, se referem à supressão de liberdade

e não violação dos direitos humanos de apenadas e, no caso em comento, de apenadas mães e seus filhos e filhas, nas unidades prisionais, ou mesmo quando estes últimos já estejam fora delas. Estes fatores também se mostram como responsabilidade da sociedade como um todo; só que, pelas diversas ações movidas por entidades da sociedade civil organizada, se pode verificar que a busca pelo efetivo exercício de tais direitos se mantém ativa e operante, a exigir, via prestação jurisdicional, que os mesmos sejam cumpridos pelos poderes competentes.

Entretanto, enquanto esses Poderes do Estado discutem entre si, com base em definições de suas competências, as ações necessárias ao enfrentamento da pandemia no sistema prisional; e as medidas sanitárias propostas não são efetivadas, se expõe, cada vez mais, essa parcela carcerária aos altos riscos de contágio nas casas prisionais. Da mesma forma, enquanto o órgão de prestação jurisdicional, em suas instâncias, se envolve na discussão de caso a caso e, nesse sentido, há que se levar em consideração as precárias condições de acesso à Justiça dessas apenadas e a demora dos devidos processos penais, o vírus campeia solto nas casas de detenção. Ademais, para o vírus pouco importa se tais prisões são definitivas, a partir da condenação penal, ou se referem a prisões provisórias ou preventivas, nem mesmo quanto ao regime de cumprimento das penas, pois enquanto se discutem tais circunstâncias, eis que se pode alastrar, incidindo sobre os filhos e filhas das apenadas.

Nesse sentido e contrariando as razões do Ministério Público Federal, com certeza, se pode afirmar que o drama geral da pandemia não se resolveria com a soltura das presas, embora o drama pontual das apenadas mães e de seus filhos e filhas, sim, ou, pelo menos, restaria minimizado. Ademais, se a soltura das presas poderia implicar uma injustificada desresponsabilização do Estado diante da aplicação das medidas sanitárias, se deve olhar para o contexto mais amplo, em que esse Estado, de forma histórica, estrutural e sistemicamente acabou por se converter em violador dos direitos humanos fundamentais dessa parcela da população sob sua custódia direta. Então, vale ressaltar que, se ao longo de décadas não cumpriu com suas responsabilidades, não o faria, agora, como não o fez, efetivamente, de maneira que essa discussão só propicia a expansão do referido contágio. Além disso, se poderia perguntar: quais os perigos reais, para a segurança pública da sociedade, se fosse, efetivamente, operada essa soltura de presas grávidas, puérperas ou mães, com seus filhos e filhas que ainda jazem nas unidades prisionais?

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Complexidade do tema, que diz respeito às apenadas mães, uma vez custodiadas no sistema carcerário, além dessa condição específica, mostra que elas acabam sendo impactadas por outros preconceitos, oriundos do meio social circundante, como alertam Pereira e Ávila, na obra “Política de Drogas e Aprisionamento Feminino – O Tráfico e o uso

na Lei de Drogas”, em que ressaltam os trabalhos de Elena Larrauri e Carmen Antony, que se debruçaram sobre o tema, ao transcreverem que:

Além do estigma normalmente atribuído àquele que delinque, a mulher desviante, em face dessa cultura patriarcal, carrega o rótulo de “criminosa”, bem como o de insequente e irresponsável (por agir sem pensar na criação dos filhos) e também acaba perdendo, perante os demais, a sua feminilidade, por praticar condutas socialmente atribuídas ao gênero masculino. Acaba que, mesmo delinquindo em menor expressão, a mulher tem sua punição majorada pelos pré-conceitos da sociedade. (LARRAURI e ANTONY, apud PEREIRA e ÁVILA, 2013, pág. 03).

Essa questão de gênero e de tratamento desigual no sistema carcerário nacional também é destacada por Nana Queiroz, na obra intitulada “Presos que menstruam: a situação das mulheres nas prisões brasileiras”, escrito com base em pesquisas e visitas a penitenciárias de todo Brasil entre 2010 e 2015, no qual relata as vivências das mulheres na prisão, com ênfase nas descon siderações dessas suas necessidades, particularmente inerentes ao gênero; de maneira que, nesse sentido, afirma:

Ignoramos as transgressões de mulheres como se pudéssemos manter isso em segredo, a fim de controlar aquelas que ainda não se rebelaram contra o ideal de “feminilidade pacífica”. Ou não crescemos ouvindo que a violência faz parte da natureza do homem, mas não da mulher? É fácil esquecer que mulheres são mulheres sob a desculpa de que todos os criminosos devem ser tratados de maneira idêntica. Mas a igualdade é desigual quando se esquecem as diferenças. É pelas gestantes, os bebês nascidos no chão das cadeiras e as lésbicas que não podem receber visitas de suas esposas e filhos que temos que lembrar que alguns desses presos, sim, menstruam.” (QUEIROZ, 2016, pág.19).

A pesquisa já referida, coordenada por Ana Braga e Bruna Angotti, acerca da situação prisional feminina no país, promovida pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, quanto às condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão, ainda que concluído antes da pandemia, traz um alerta impactante acerca de outro drama existencial que o encarceramento de apenas mães faz aflorar, já mencionado pelos trabalhos anteriormente citados; e que diz respeito aos filhos e filhas dessas apenas. Por conta disso, tal circunstância, agora, merece destaque, dado que, se as condições relativas aos filhos e filhas de tais custodiadas já se mostravam preocupantes, no contexto atual do contágio, ao que tudo indica, deve ser o elemento decisivo quanto à tomada de decisões de enfrentamento da pandemia, mormente se as casas prisionais não foram capazes de implantar, minimamente, as medidas sanitárias adequadas. Nesse sentido, então, vale considerar que:

Percebemos que a vontade política da gestora e o diálogo entre esta, o executivo e o judiciário é fundamental para a garantia de direitos às mulheres presas. Em outras palavras, a ausência de políticas direcionadas ao sistema penitenciário feminino faz com que as conquistas nesses espaços sejam personalíssimas, dependendo da iniciativa daquelas que os administram.

Isso ficou patente nas falas das diretoras entrevistadas e na diversidade das iniciativas mapeadas. (BRAGA e ANGOTTI, 2014, pág. 78).

A seu turno, Ventura, Simas e Larouzè, em trabalho intitulado “Maternidade atrás das grades: em busca da cidadania e da saúde: Um estudo sobre a legislação brasileira”, afirmam que é urgente o resgate da cidadania e da saúde das mulheres presidiárias e seus filhos; e um primeiro passo é a visibilidade da questão da maternidade e das crianças em situação carcerária, bem como, o reconhecimento da importância da garantia dos direitos reprodutivos e parentais dessas mulheres. E nesse sentido, concluem que:

A legislação é um instrumento importante na garantia de direitos, porém, no contexto brasileiro, não se mostra suficiente para assegurar os direitos reprodutivos e parentais das mães com seus filhos, que permanecem dentro e fora das prisões. É certo que a produção adequada de leis deve ser acompanhada por políticas públicas eficazes e inclusivas, com instâncias e procedimentos fiscalizatórios eficientes, que consigam abarcar de maneira integral as necessidades desta parcela extremamente vulnerável da população brasileira. (VENTURA, SIMAS e LAUROZÈ, 2015, Conclusões).

Eis, portanto, alguns traços a delinear um drama existencial, com caráter de silencioso e invisível, a evidenciar o descaso com a população carcerária feminina, notadamente na dupla situação de apenada e mãe, o que se mostrou ainda mais problemático pela incidência, em tais problemas conjunturais do sistema carcerário nacional, agora, quando do contágio pelo coronavírus. As próprias desigualdades socioeconômicas e raciais que se verificam, infelizmente, em nossa sociedade, não se limitam aos espaços extramuros, pois que incidem, diretamente, sobre as efetivas condições vivenciadas por tais apenadas que, como antes referido, se convertem em desigualdades no cumprimento das condições mínimas de saúde, intramuros das casas prisionais, até mesmo no que concerne ao fundamental atendimento da gravidez, parto e maternidade.

Evidencia-se um acentuado preconceito social contra essas mulheres apenadas, pois sofrem as consequências de serem consideradas em seu comportamento desviante, pela prática do crime, mesmo que este não tenha sido, efetivamente, designado pelo devido processo penal, quando ainda permanecem em prisão preventiva ou provisória; e, além disso, sofrem, concomitantemente, porque são consideradas como violadoras do caráter sagrado da maternidade. Dessa forma, são duplamente penalizadas. Ademais, tais circunstâncias dramáticas se veem, agora, acentuadas pela disseminação do coronavírus no interior das casas prisionais do país; e, vale repetir, insistentemente, essa espécie de exposição ao contágio pode vir a incidir diretamente, sobre seus filhos e filhas que ainda jazem em sua companhia, nas casas de detenção, país afora.

Enfim, o que parecem indicar todos esses fatores antes tratados, é que as medidas dos órgãos do Estado devem deixar de ser meramente formais, para se constituírem em ações concretas, tendentes, em sentido geral, a eliminar, ou, pelo menos, a minimizar os efeitos nefastos da violação dos direitos humanos, como, de forma mais imediata e

específica, implantar as medidas sanitárias recomendadas, com a finalidade de minimizar os efeitos da nefasta expansão do contágio pelo covid-19 no sistema de justiça criminal. Nesse sentido, urge uma ação conjunta de tais órgãos, de forma a desencadear um direcionamento adequado em que conflitos de competência e até mesmo de interpretação de tais fatores venha a contribuir para a expansão do contágio.

Logo, esse direcionamento aponta para que se elaborem políticas públicas eficazes, envolvendo todas as entidades da sociedade civil organizada que se queiram comprometer com tais demandas sociais, de forma que tais políticas se revistam do caráter de medidas de Estado, sem os processos ideológicos e mutáveis dos diversos governos que venham a assumir o poder político via processos democráticos de nossa democracia representativa. Propugna-se, portanto, pela elaboração e efetiva implantação de políticas públicas de Estado, a cumprirem com os ditames constitucionais, assegurando os direitos e garantias fundamentais, como ínsitos a toda a cidadania, sem a exclusão de quem quer que seja, mesmo os mais vulneráveis ou que, por quaisquer motivos, estejam sendo custodiados, por esse mesmo Estado, no sistema prisional e, mais especificamente, as apenas mães e seus filhos e filhas.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Ana G. M; ANGOTTI, B. Dar á luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. In: Pensando o Direito. Ministério da Justiça Secretaria de Assuntos Legislativos. São Paulo: IPEA Instituto de Pesquisa Econômica 2014. Acesso em: 11.11.20. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longo-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>

BRASIL. Câmara Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Acesso em: 11.11.2020. Disponível em: file:///D:/Downloads/cpi_sistema_carcerario.pdf

BRASIL. CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Agência CNJ de Notícias. Resolução nº 62. Acesso em: 11.11.20. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>

BRASIL. Governo Federal. Ministério da Justiça. CNPCP - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução nº 5, 15.05.20. Acesso em: 11.11.20. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-5-de-15-de-maio-de-2020-257390381> .

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 798, de 7 a 11.09.2015. Acesso em: 11.11.20. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF: 2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente. Acesso em: 11.11.20. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Ministro nega a expedição de alvará de soltura coletivo. Acesso em: 10.11.20. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439958>

BRASIL. Defensoria Pública/SP. Habeas Corpus coletivo: soltura ou prisão domiciliar a todas as grávidas e lactantes presas no País, ao lado de outras 15 Defensorias estaduais. Acesso em: 10.11.20. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=89565&idPagina=3086>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Ministro determina que tribunais sigam orientação do CNJ sobre pandemia para presas gestantes e lactantes. Acesso em: 10.11.20. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=446602>

FIOCRUZ. Fundação Osvaldo Cruz – uma instituição à serviço a vida. Nascer nas prisões: gestação e parto atrás das grades no Brasil. Acesso em: 11.11.20. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/nascer-nas-prisoos-gestacao-e-parto-atras-das-grades-no-brasil>

LEAL, Maria do Carmo e SÁNCHEZ, Alexandra Roma. Nascer nas prisões: gestação e parto atrás das grades no Brasil. Acesso em: 11.11.20. Disponível em: <https://elasexistem.files.wordpress.com/2017/09/pesquisa-fiocruz-mc3a3es-no-cc3a1rcere.pdf>

PEREIRA, Larissa Urruth, ÁVILA, Gustavo Noronha. Política de Drogas e Aprisionamento Feminino – O Tráfico e o uso na Lei de Drogas. 2013. p.3 Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/46.pdf>. Acesso em: 10.11.20.

PORTAL DE NOTÍCIAS UOL: Supremo descumpre sua própria decisão e afeta presas grávidas e mães. Acesso em: 11.11.20. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/leonardo-sakamoto/2020/03/12/supremo-descumpre-sua-propria-decisao-e-afeta-presas-gravidas-e-maes.htm>

QUEIROZ, Nana. Presos que menstruam / Nana Queiroz – 6ª ed. – Rio de Janeiro, Record, 2016.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; LAROUZÈ, Bernard. Maternidade atrás das grades: em busca da cidadania e da saúde. Um estudo sobre a legislação brasileira. Acesso em: 10.11.20. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2015000300607

A APLICAÇÃO DE EXCLUDENTES AO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL NO CONTEXTO DE PANDEMIA

Data de aceite: 01/11/2021

Data de submissão: 06/08/2021

Beatriz Ribeiro Lopes Barbon

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina
<http://lattes.cnpq.br/9046308027653670>

RESUMO: O presente artigo busca discorrer sobre alguns dos impactos causados pela pandemia do corona vírus sobre as empresas brasileiras e as suas possíveis consequências, principalmente em relação à prática de crimes contra a ordem tributária. Para isso, serão apresentados dados econômicos atuais e medidas tomadas pelo Estado brasileiro durante este período a fim de minimizar seus efeitos, e os entendimentos consolidados sobre sonegação fiscal para tentar antecipar algumas soluções sobre esse tema tão atual. Com muitas empresas enfrentando graves crises financeiras, o crime de sonegação fiscal tende a aumentar. Nesse cenário, questiona-se a aplicação de excludente ao agente em razão das dificuldades econômicas trazidas pela pandemia, como a inexigibilidade de conduta diversa e o estado de necessidade. Ainda não há respostas concretas para essa questão, porém a doutrina e a jurisprudência pacificadas sobre a matéria nos oferecem um importante norte para a discussão.

PALAVRAS-CHAVE: Sonegação fiscal; pandemia; inexigibilidade de conduta diversa; estado de necessidade.

THE APPLICATION OF JUSTIFICATION OR EXCULPATION ON THE CRIME OF TAX EVASION IN PANDEMIC CONTEXT

ABSTRACT: This article seeks to present some impacts of the corona virus pandemic on Brazilian companies and its possible consequences, especially related to the practice of the crime of tax evasion. Therefore, statistical data and measures taken by the Brazilian State during this period to minimize its effects will be presented, and main judicial understanding about the crime of tax evasion for trying to anticipate some solutions about this present issue. Thus, with many companies facing major financial crises, the mentioned crime tends to increase. In this scenario, the possibility of applying the exculpation of exclusion of culpability or flagrant necessity to the defendant is questioned, due to the financial difficulties caused by the covid-19 pandemic. There is no concrete answers to this subject, however the consolidated doctrine and jurisprudence about it offers a important guide for the discussion.

KEYWORDS: Tax evasion; pandemic; exclusion of culpability; flagrant necessity.

1 | INTRODUÇÃO

A pandemia do corona vírus, assim declarada pela OMS em 11 de março de 2020, alterou por completo o cenário mundial não apenas na área da saúde, mas também na economia e no direito. Seus efeitos ainda persistem em 2021, inclusive com o receio de uma segunda onda e de novas mutações do

vírus - que podem comprometer a eficácia das vacinas. A repercussão sobre a área jurídica foi relevante em todos os seus ramos, todavia, neste artigo será tratado especificamente sobre o Direito Penal Tributário, sem esgotar o tema.

O impacto econômico da necessidade de isolamento social – e principalmente dos chamados “lockdown” – foi sentido por todos os setores, em especial o de atividades consideradas não essenciais. Durante os períodos de fechamento, muitas empresas deixaram de lucrar, mas seus gastos fixos com funcionários, aluguel, fornecedores, tributos etc. permaneceram, causando grandes dificuldades financeiras. O e-commerce se mostrou essencial para a sobrevivência dos negócios, mas nem todos os estabelecimentos possuíam uma plataforma para tanto ou mesmo um sistema de delivery para continuarem suas atividades.

Nesta conjuntura, fica claro que o adimplemento das obrigações tributárias também é afetado. Sem receita, ou essa drasticamente reduzida, a empresa buscará pagar primeiramente seus empregados e demais despesas essenciais para sua sobrevivência. Com isso, o pagamento de tributos não fica entre as prioridades, acarretando em inadimplência e conseqüente diminuição da arrecadação. Todo esse cenário se torna ainda um fator influente na prática de sonegação fiscal. Em função disso, abre-se uma discussão ao redor de crimes fiscais e pandemia, se seria possível a aplicação de exculpante em função da situação atípica vivida no momento. Assim, no presente artigo, será apresentado o que já foi consolidado a respeito de sonegação fiscal e excludentes de culpabilidade e de antijuridicidade de maneira contextualizada com o cenário pandêmico, junto aos principais entendimentos jurisprudenciais sobre o assunto.

2 | ALGUNS DADOS ECONÔMICOS E MEDIDAS TOMADAS PELO GOVERNO NO CONTEXTO DE PANDEMIA

A pandemia impactou a economia mundial de maneira devastadora, implicando em uma recessão comparável às decorrentes das guerras mundiais. No Brasil, o PIB teve a maior queda em mais de um século, e o índice de desemprego disparou para 19% (CUCOLO, 2020). O país já vinha de uma situação econômica extremamente delicada, porém com expectativas de melhora (IPEA, 2020). Destarte, a pandemia do COVID-19 gerou implicações que agravaram ainda mais a economia, contribuindo significativamente para o aumento da dívida pública e a diminuição da arrecadação. Dado isso, evidente que empresas por todo o país viram o passivo tributário aumentar e, entre alguns setores, o ativo pode ter uma redução drástica que impossibilitou o pagamento mesmo das despesas essenciais.

A sonegação fiscal é um grande problema no Brasil. Estima-se que mais de quatrocentos bilhões de reais em tributos sejam sonegados no país, conforme dados de estudo feito pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT, 2020). Apesar

disso, esses números vêm caindo desde os primeiros estudos do instituto, entretanto, nesse período atípico de pandemia, o índice de sonegação fiscal tende a aumentar em vista das circunstâncias econômicas mencionadas. A fim de evitar isso e amenizar os impactos econômicos da pandemia sofridos de maneira repentina, principalmente aqueles advindos do desemprego, da diminuição na arrecadação e do fechamento de empresas, o Estado teve de intervir, tomando algumas medidas básicas.

A partir de abril de 2020, governo federal prorrogou, por duas vezes, o pagamento dos tributos federais no âmbito do Simples Nacional, (inclusive das pequenas empresas e também aos Microempreendedores Individuais), prorrogando também o pagamento do PIS, Pasep, COFINS e contribuição previdenciária patronal de empresas e empregadores de trabalhadores domésticos. Os pagamentos de parcelamentos tributários administrados pela Receita Federal e pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, incluindo os inscritos em dívida ativa da União, também foram adiados (GOVERNO FEDERAL, 2020). Com isso, espera-se que com esse período de tempo o contribuinte se planeje para realizar o pagamento dos tributos até seu novo vencimento, diminuindo o inadimplemento e a incidência de juros e multa em decorrência da mora no pagamento. Sobretudo, busca-se manter a sobrevivência de empresas privadas, para que continuem cumprindo com sua função social. Além disso, ajuda a diminuir a incidência de sonegação fiscal e inadimplência, que podem aumentar devido às dificuldades financeiras desencadeadas pela pandemia.

31 O CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL: O MERO INADIMPLEMENTO NÃO CONFIGURA CRIME

Antes de se adentrar na aplicação das excludentes de culpabilidade e de antijuridicidade, importante abordar alguns aspectos básicos sobre o crime de sonegação fiscal, previsto nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/1990. Para que o delito seja configurado, é necessário que o agente pratique os verbos mencionados mediante as condutas descritas nos incisos do art. 1º, que consiste em “suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas.” (BRASIL, 1990).

Para Pedro Roberto Decomain (2008, p. 111), suprimir tributo implica em não realizar o pagamento do montante devido e reduzir significa pagar quantidade menor. Machado (2008, p. 331) discorda de tal definição. Segundo ele, ambos os verbos significam não pagar total ou parte do tributo devido, mas a conduta é de impedir que o fato gerador do tributo seja demonstrado à autoridade. No caso da supressão, impede-se que a autoridade sequer saiba da existência da obrigação; na redução, demonstra-se valor econômico menor do que a realidade fática (MACHADO, 2008). Independente da corrente doutrinária adotada, ambas descrevem condutas fraudulentas, que exigem ação do agente, visando o resultado reduzir ou suprimir tributo. Não se trata de inércia do contribuinte ante ao pagamento do crédito tributário.

Os incisos seguintes do art. 1º da Lei 8.137/90 descrevem as condutas meio para configurar o fato típico, isto é, correspondem a um único tipo penal. Portanto, o agente pratica uma ou mais ações descritas nos incisos, dolosamente, e para consumir o delito, segundo entendimento pacificado pelo STF, o processo administrativo fiscal acerca do tributo deve ter se encerrado, momento em que o crédito tributário é definitivamente lançado. Esse entendimento é inclusive objeto da Súmula Vinculante nº 24: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo” (STF, 2009).

Prosseguindo ao demais elementos do tipo, de acordo com Hugo de Brito Machado (2008, p. 320), em consonância com a doutrina majoritária, a sonegação fiscal é crime material, de dano, em que a ocorrência do resultado é necessária. O elemento subjetivo do tipo é o dolo, que é a intenção de reduzir ou suprimir tributo consciente da ilicitude. Não há dolo, por exemplo, quando o contribuinte se engana quanto à base de cálculo de determinado tributo e recolhe valor inferior, pois não há intenção de fraudar fisco.

Portanto, o simples descumprimento da obrigação ou a prática culposa das condutas descritas no tipo penal não tipifica o delito. Além de necessitar da comprovação do dolo, o agente deve utilizar-se de fraude para atingir o resultado naturalístico pretendido, não se tratando de mero descumprimento da obrigação.

Em relação a isso, havia uma discussão nos tribunais, frequentemente levantada por advogados de defesa, sobre a inconstitucionalidade dos crimes contra a ordem tributária. Supostamente, estaria penalizando-se o mero inadimplemento do tributo, contrariando o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal. Tal questão foi objeto de repercussão geral analisado pelo Supremo Tribunal Federal no ARE 999425-SC, que declarou não haver inconstitucionalidade no crime de sonegação fiscal, pois a conduta ilícita envolve fraude, e não apenas o não pagamento do tributo. Na jurisprudência abaixo, o relator Ministro Nefi Cordeiro explica bem a questão:

[...] Dessa forma, as condutas tipificadas na Lei 8.137/1990 não se referem simplesmente ao não pagamento de tributos, mas aos atos praticados pelo contribuinte com o fim de sonegar o tributo devido, consubstanciados em fraude, omissão, prestação de informações falsas às autoridades fazendárias e outros ardis. Não se trata de punir a inadimplência do contribuinte, ou seja, apenas a dívida com o Fisco. Por isso, os delitos previstos na Lei 8.137/1990 não violam o art. 5º, LXVII, da Carta Magna bem como não ferem a característica do Direito Penal de configurar a *ultima ratio* para tutelar a ordem tributária e impedir a sonegação fiscal. (RHC: 102027 SC 2018/0211248-3, STJ, 2019)

Superado isso, outro ponto pertinente a ser esclarecido antes de se adentrar nas excludentes é sobre o sujeito do crime, que pode ser qualquer pessoa física. Segundo Eisele (2002, p. 49), pode não ser necessariamente sujeito passivo da obrigação tributária, pois o agente pode estar agindo em nome deste. Sendo assim, não necessariamente se pune quem se beneficia do delito, mas apenas aquele que, agindo deliberadamente,

sonega os tributos devidos. Entretanto, em se tratando de caso de excludente, esta só será aplicável quando o agente estiver praticando o fato típico em proveito próprio (EISELE, 2002), em função de algumas peculiaridades que serão apresentadas no tópico a seguir.

4 I APLICAÇÃO DE EXCLUDENTES (CULPABILIDADE E ANTIJURIDICIDADE) AO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL

4.1 Inexigibilidade de conduta diversa

Na seara do Direito Penal, são puníveis os fatos típicos, antijurídicos e culpáveis. Na falta alguns desses elementos, não há crime. Entretanto, em determinados casos, mesmo com a configuração da antijuridicidade e até da culpabilidade, a aplicação de pena seria medida injusta em razão das peculiaridades do caso concreto.

A legislação brasileira abrange expressamente excludentes de antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito) e excludentes de culpabilidade (menoridade, insanidade mental, coação moral irresistível e embriaguez completa por caso fortuito ou força maior). Há ainda as excludentes supralegais, que são admitidas pela doutrina e pela jurisprudência, aplicáveis em função do conflito de bens jurídicos no caso concreto. Dentre as supralegais, há a excludente de culpabilidade chamada inexigibilidade de conduta diversa. Esta é admitida quando, nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 887): “o bem ou interesse sacrificado for de valor igual ou superior ao que se salva. No entanto, ante a inexigibilidade de conduta diversa, exclui a culpabilidade pela falta de seus elementos constitutivos”.

Em razão das peculiaridades do crime de sonegação fiscal, é pacificado na doutrina e na jurisprudência a aplicação dessa exculpante em casos de extrema crise financeira da empresa. Este fator econômico é circunstância de extrema relevância, tanto na configuração da ilicitude, quanto no âmbito da culpabilidade e, se desconsiderado, ofende diretamente ao princípio da razoabilidade (MACHADO, 2004). A aplicação da inexigibilidade de conduta diversa no delito há muito tempo encontra respaldo na jurisprudência, como exemplifica o julgado abaixo:

[...] 5. Apenas grave dificuldade financeira da empresa, a produzir reflexos, inclusive, no patrimônio pessoal dos sócios, documentalmente comprovada nos autos - ônus imputado à defesa - é capaz de ensejar o reconhecimento da excludente de culpabilidade fundada na inexigibilidade de conduta diversa. (ACR: 34111 SC 2003.04.01.034111-1. TRF-4, 2004)

Entretanto, como bem pontuado no trecho acima, a aplicação desta excludente de culpabilidade só é admitida em situações de séria crise financeira, que possa ser documentalmente comprovada. Nesses casos, o agente prioriza o pagamento de empregados por ser verba de natureza alimentar, ao invés de adimplir obrigações tributárias, por exemplo. É caso típico em que se abre mão de um bem jurídico em detrimento de outro

e que não se pode exigir outra conduta do agente na situação. Em função disso, afasta-se o crime ainda que sua conduta seja típica e antijurídica, excluindo a responsabilidade penal do autor. Esse entendimento é corroborado pelos tribunais superiores, entretanto, a comprovação da condição é imprescindível. O Habeas Corpus abaixo, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, analisa bem a questão:

[...] c) Apenas se reconhece a inexigibilidade de conduta diversa, caso exista prova documental robusta a respeito da excepcionalidade da situação deficitária da empresa, bem como da repercussão negativa no patrimônio pessoal do gestor ou dos sócios, o que não restou demonstrado no caso dos autos. (HC: 442398 GO. STJ, 2018)

Como bem pontuado pela ministra relatora, o lastro probatório pelo qual a alegação de inexigibilidade conduta adversa baseia-se deve ser vasto, principalmente por meio de prova documental. Dentre os documentos apresentáveis, podemos citar: protestos, notas promissórias, contratos de aluguel, folha de pagamento e outras contas essenciais não adimplidas em decorrência da crise financeiras. Além disso, é preciso comprovar que o patrimônio da empresa não tem como arcar com essas obrigações, demonstrando repercussão negativa da crise também no patrimônio dos sócios. Portanto, para a comprovação dessa situação crítica e emergencial, é indispensável a apresentação de provas robustas sobre a situação, e não mera alegação da parte. Ausente essa situação de calamidade econômica ou ausente sua devida comprovação, não há que se falar na aplicação da exculpante ao agente.

No seguinte julgado, destaca-se a necessidade de vasta comprovação acerca da crise financeira, não bastando mera alegação pela parte:

[...] 5. Não vem sendo admitida, salvo situações excepcionais, a aplicação da excludente de inexigibilidade de conduta diversa aos casos de sonegação de contribuição previdenciária e ao delito inserto no art. 1º da Lei nº 8.137/90, porquanto há utilização de meios fraudulentos para suprimir ou reduzir contribuição social, além das exações tributárias devidas. Ademais, não basta somente alegar dificuldades econômicas à época dos fatos. É necessário que tal circunstância seja demonstrada de forma cabal, o que não ocorreu no caso dos autos. (ACR: 50027929520174047015. TRF-4, 2020)

Trazendo isso para o panorama atual, com a pandemia, alguns setores tiveram que parar total ou parcialmente suas atividades, não retornando às condições anteriores mesmo em 2021. Como exemplo, podemos citar principalmente o setor de eventos, entretenimento e de educação, como escolas particulares e outros serviços que demandam aglomeração de pessoas. Por isso, em algumas empresas, mesmo com os prazos de vencimento de alguns tributos prorrogados por mais alguns meses, o adimplemento das obrigações tributárias tornou-se impossível sem comprometer o pagamento de funcionários. Nessa situação, não é razoável que o Estado exija do contribuinte que priorize o pagamento dos tributos.

Imperioso destacar que a crise financeira enfrentada pela empresa não pode ter sido

causada por má administração e/ou outros fatores internos anteriores. Nesse caso, não há que se falar em inexigibilidade conduta diversa, pois há culpa dos administradores sobre a situação de crise. Como exemplo de fator interno, podemos citar a falta de planejamento nos pagamentos da empresa.

Em relação aos fatores externos, a pandemia é um excelente exemplo. Suas consequências econômicas e sociais estão fora do controle dos sócios. As medidas de fechamento do comércio e de atividades não essenciais para evitar a propagação do vírus foi repentina e conseqüentemente prejudicaram o faturamento porque muitas dessas empresas não estavam preparadas para tanto. Porém, mesmo que as consequências econômicas ocasionadas pela doença sejam um fato notório, é necessário demonstrar de que maneira as medidas de isolamento social afetaram diretamente a empresa.

O julgado abaixo exemplifica a repercussão negativa de fatores externos, alheios à atuação do agente, que prejudicaram significativamente o faturamento da empresa. No caso, foi afastada a culpabilidade da ré em função de sua falta de opção ante a crise financeira causada pelo fechamento de sua escola e a inadimplência dos pais:

[...] 4. As dificuldades financeiras do empreendimento surgiram por fatores externos - inclusive em momento anterior à assunção da gestão da instituição de ensino pela apelada - e findaram por impossibilitá-la de agir de modo diverso, conforme comprovam, de forma unânime, os depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas tanto pela defesa, quanto pela acusação. [...] 7. No caso dos autos, demonstrou-se que a acusada contraiu diversos empréstimos para saldar dívidas da empresa (conforme indicam os contracheques acostados e o depoimento das testemunhas), além de ter trabalhado voluntariamente na sociedade, sem a retirada de pró-labores, apenas para tentar impedir a falência de um estabelecimento de ensino há décadas pertencente à sua genitora. A prova oral e documental produzidas durante a instrução processual também indicaram que, no período de crise financeira da escola, não houve qualquer acréscimo no patrimônio da ré. 8. O período em que teriam sido cometidas as condutas descritas na denúncia - qual seja durante o ano de 2009 -, coincide com o interregno em que se mostrava inviável o pagamento das obrigações tributárias da empresa devedora, evidenciando-se que essa foi uma prática pontual, e não um agir corriqueiro da instituição de ensino. 9. Comprovou-se que, nesse mesmo lapso temporal, a acusada adotou diversas providências com o fito de reduzir a inadimplência sofrida pela escola, efetuando cobrança judicial e extrajudicial das mensalidades atrasadas. [...] 11. Comprovada a dificuldade financeira experimentada pelo devedor, correta a sentença que promove a sua absolvição, por inexigibilidade de conduta diversa, circunstância que afasta a culpabilidade da conduta do agente. [...] (ACR 08156978520174058300. TRF-5, 2020)

Como é possível perceber na jurisprudência, a administradora trouxe aos autos diversas modalidades de prova acerca dos fatores que acarretaram a circunstância crítica que a instituição chegou, inclusive demonstrando as medidas tomadas para tentar evitar esse fim, sem sucesso.

Muito se alegou nos tribunais sobre a inaplicabilidade da inexigibilidade de conduta

diversa seria inaplicável ao crime de sonegação fiscal porque essa espécie exige fraude e dolo para configuração, o que seria incompatível com a exclusão da culpabilidade. No entanto, a presença desses elementos não tem relação com a finalidade da conduta praticada pelo agente. Andreas Eisele (2002, p. 90) explica bem a situação no seguinte trecho de seu livro “Crimes contra a ordem tributária”:

Porém, o dolo consiste na vontade livre e consciente de praticar a conduta (deixar de recolher o valor referente ao tributo ou contribuição social) e atingir o resultado naturalístico (evasão tributária), o que não se confunde com os motivos que determinaram a realização da conduta (dificuldades financeiras), ou com a finalidade de sua prática (destinação do numerário produto da evasão). Portanto, como a conduta realizada pelo empresário é consciente e voluntária (eis que este opta pela sua realização com a intenção de aplicar os recursos em outra finalidade), é dolosa, embora possa não ser reprovável.

Assim, como já mencionado, já é pacificado o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade da exculpante em casos que os valores sonegados foram direcionados ao pagamento de funcionários e a sobrevivência da empresa, desde que com vasto lastro probatório dessa condição.

Todavia, Eisele (2002, p. 90) destaca que a simples destinação específica dos tributos evadidos não necessariamente justifica a conduta, exculpando-a. Em alguns casos, pode até mesmo agravá-la, se a destinação for para o enriquecimento ilícito e pessoal dos sócios por exemplo. Portanto, a finalidade da conduta deve ser analisada no caso concreto em um conjunto fático-probatório, e não exclusivamente em relação ao dolo e a fraude utilizada.

Agora, quanto ao contribuinte que, mesmo com condições de adimplir a obrigação tributária dentro do novo prazo estipulado – ainda que com dificuldade – procura praticar ações típicas de sonegação fiscal, não estará amparado por excludente de culpabilidade. Isso porque o crime de sonegação fiscal só comporta modalidade dolosa, importando que o agente possui consciência e vontade do fato típico praticado. Como bem explica Assis de Toledo (apud MACHADO, 2004):

Cabe ao juiz, que exprime o juízo de reprovação, avaliar a gravidade e a seriedade da situação histórica na qual o sujeito age, dentro do espírito do sistema penal, globalmente considerado: sistema que jamais pretende prescindir de um vínculo com a realidade histórica na qual o indivíduo age e de cuja influência sobre a exigibilidade da ação conforme o direito o único juiz deve ser o magistrado.

Portanto, somente com a análise apurada do caso concreto, com suas peculiaridades e documentos apresentados, o juiz irá ponderar se é caso de aplicação da exculpante de inexistência de conduta diversa, em função de grave crise financeira enfrentada.

Sendo assim, durante o período de pandemia, que ainda permanece em 2021, é de extrema importância que a legislação brasileira acompanhe as mudanças que estão ocorrendo, dando respaldo à população. No que concerne aos tributos, as prorrogações de prazos para pagamento se mostram ser uma boa saída, mas devem continuar sendo

estudadas mais medidas de intervenção estatal. O impacto econômico advindo desse período atípico ainda vai ser sentido por vários meses, em especial nas micro e pequenas empresas.

4.2 Estado de necessidade

A excludente de antijuridicidade do estado de necessidade também é admitida no crime de sonegação fiscal pela jurisprudência e pelo doutrinador Hugo de Brito Machado. Essa excludente está prevista no art. 24 do Código Penal, que diz: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.” (BRASIL, 1940).

Diferentemente da inexigibilidade de conduta diversa, que se trata de uma excludente de culpabilidade, o estado de necessidade exclui a ilicitude da conduta. Portanto, a culpabilidade do agente nem chega a ser analisada. O fato é típico, mas não é punível pois no estado de necessidade o agente se encontra em face de um conflito de bens jurídicos, em que tem de sacrificar um para salvar outro. Porém, como explica Bitencourt (2012, p. 885), a legislação brasileira adota a teoria unitária dessa excludente. Somente o estado de necessidade justificante é previsto no Código Penal, isto é, nos casos de conflito de bens jurídicos de diferente valor, em que o agente opta por salvar o de maior valor. Quando o conflito é de mesmo valor ou de valor distinto, mas o agente opta pelo de menor valor, trata-se de estado de necessidade exculpante, mais conhecido como inexigibilidade de conduta diversa. Como já explicado no tópico anterior, nesses casos não é possível exigir que o agente aja de outra maneira. Já no estado de necessidade, o agente sacrificar o bem de menor valor pode ser um dever, como por exemplo sacrificar bem móvel para salvar a integridade física de outrem. Não seria razoável que o agente tomasse outra atitude nesse caso.

Dado isso, no crime de sonegação fiscal a aplicação do estado de necessidade é muito mais rara e exclusiva para casos muito extremos, em que a sobrevivência pessoal do agente está em risco – e não a sobrevivência da empresa, como na inexigibilidade de conduta diversa.

Quem pratica sonegação fiscal em estado de necessidade sacrifica o bem jurídico do crime, que segundo a doutrina majoritária é a ordem tributária (MACHADO, 2008), para manter sua existência dignamente. Portanto, nesse caso, a única fonte de renda, da qual o agente promove sua subsistência, deve ser advinda da empresa que é proprietário e administrador. Ainda, essa empresa deve estar passando por uma crise tão grave que o adimplemento de quaisquer de suas obrigações prejudicará o sustento do próprio empresário. Por isso, não se aplica a excludente de ilicitude se o agente não depender exclusivamente da renda da empresa para sobreviver ou se possuir outras fontes de renda. Não é possível também que o agente seja empregado agindo em nome do proprietário

acreditando estar agindo de forma lícita.

Além disso, deve-se observar que a crise é de tamanha gravidade que se torna impossível o pagamento de qualquer despesa – até mesmo salários –, não havendo mais patrimônio nem da pessoa jurídica nem da pessoa física para arcar com as dívidas. O único saldo remanescente deve ser suficiente apenas para a sobrevivência do empresário e de seus dependentes, que não possuem outra fonte de renda. Portanto, os fatores que desencadearam a crise podem ser internos e/ou externos, em razão da situação extrema.

Dado isso, é perceptível a situação de extrema crise financeira vivida pela empresa, que leva ao empresário lesar o fisco buscando sua preservação pessoal. Não podem haver mais alternativas para evitar o desfecho desfavorável da empresa, como uma recuperação judicial ou a realização de empréstimos, venda de patrimônio (inclusive dos sócios), etc. Trata-se de situação de falência juntamente com a insolvência do empresário, que se mostra pelo menos por significativo período, irreversível. Nas palavras de Hugo de Brito Machado (2004):

Em uma empresa, grande ou pequena, em crise financeira, na qual o não pagamento do tributo é a única forma de permitir o pagamento de empregados e fornecedores, e assim a única alternativa para manter a empresa funcionando e tentar a superação da crise, nem sempre se configura o estado de necessidade. Este configurado estará apenas nos casos em que o empresário, o agente, depende da empresa para sobreviver, por isto mesmo equiparáveis ao do tradicional exemplo do furto para matar a fome. Para a configuração da inexigibilidade de outra conduta, porém, basta que o pagamento do tributo não seja possível sem que daí decorra o encerramento da atividade, sem que se questione a situação pessoal do empresário.

Sendo esta a real situação da empresa, evidente que precisa ser cabalmente comprovada a fim de se demonstrar ser o caso de aplicação de excludente de antijuridicidade. Assim como na aplicação da inexigibilidade de conduta diversa, a mera alegação ou a apresentação de provas superficiais não são suficientes para demonstrar a exculpante. Tal entendimento é unânime na jurisprudência pátria, como exemplificam os julgados abaixo:

[...] III - Não demonstração do Estado de Necessidade, bem como da exculpante de Inexigibilidade de Conduta Diversa. Os documentos apresentados pela defesa apenas demonstram o grande passivo da empresa, não sendo prova cabal da insolvência desta. A alegação de que foi indeferida a perícia contábil não aproveita à tese exculpante uma vez que é ônus da defesa provar aquilo que alega, prescindindo de autorização para produção de provas. (ACR 00080109520144058300. TRF-5, 2019).

[...] 8. Estado de necessidade inexistente. A existência de dificuldades financeiras não autoriza o reconhecimento do estado de necessidade, seja como excludente de antijuridicidade, de culpabilidade ou como causa de diminuição da pena. Muito menos justifica a prática de delito de significativo impacto social e gravidade. (ACR 00047732720094036120 SP. TRF-3, 2019)

Apesar da aplicação do estado de necessidade nos crimes contra a ordem tributária ser mais raro em razão de sua difícil comprovação e ocorrência, a crise econômica

agravada pela pandemia do corona vírus pode contribuir para o aumento da prática do crimes nessas condições descritas. Como já mencionado, atualmente enfrenta-se uma significativa recessão no país, e o impacto disso em micro e pequenas empresas é imenso. De acordo com o IBGE, 99,8% dos negócios que não voltaram a abrir as portas depois da crise da COVID-19 são de pequeno porte (IBGE, 2020).

A grande maioria dos proprietários de pequenas empresas dependem exclusivamente de seu negócio para sobreviver, sendo que algumas destas são familiares. Diante desse cenário, é presumível que durante a pandemia muitas empresas desse porte estejam passando por crises financeiras a ponto de não terem condições de prover a subsistência dos próprios proprietários. Evidente que, nesses casos, havendo a ocorrência de sonegação fiscal, o julgador deve analisar as provas em consonância com o contexto fático vivido, de grande dificuldade para muitos setores, para aplicar ou não a excludente de ilicitude de maneira justa.

5 | CONCLUSÃO

A pandemia do COVID-19 impactou não apenas a saúde, mas também a economia de maneira significativa. Em decorrência da gravidade da situação, foi decretado estado de calamidade pública. Com a necessidade de isolamento social, todo o comércio considerado não essencial permaneceu fechado por dias e até meses em alguns locais, prejudicando bruscamente o faturamento dessas empresas. Diante desse cenário, o Estado teve de agir para evitar o fechamento em massa de empresas e o conseqüente aumento do desemprego, tomando medidas como o adiamento do prazo de pagamento de tributos.

Apesar disso, em face das dificuldades financeiras enfrentadas, empresas têm deixado de pagar algumas despesas para manter sua sobrevivência e para evitar demissões. Nesse ínterim, o pagamento de tributos evidentemente não é priorizado e, em alguns casos, o responsável decide pela prática de sonegação fiscal, que é um crime doloso e tem a fraude como um de seus elementos, portanto o agente possui consciência e vontade de praticá-lo. Evidente que esta não é a solução para a crise financeira e trata-se de atitude reprovável, entretanto, no caso concreto, tem-se admitido a não responsabilização penal da conduta dependendo do contexto em que foi praticada.

A doutrina penal tributária admite a aplicação da exculpante da inexigibilidade de conduta diversa. No caso do crime de sonegação fiscal, só se aplica a exculpante caso haja vasto lastro probatório acerca da crise financeira enfrentada, inclusive com repercussão negativa no patrimônio pessoal dos sócios. Em meio à pandemia do Covid-19, por se tratar de assunto ainda muito recente, os tribunais superiores não tem julgados específicos sobre a questão. Entretanto, pode-se afirmar que provavelmente seguirão nessa linha já consolidada sobre a necessidade de provas robustas que certamente terão ligação com a pandemia e suas conseqüências econômicas.

Por outro lado, além da análise sobre as provas apresentadas, será mister a análise sobre como a empresa tem enfrentado a crise, visto que o Estado ofereceu o adiamentos para que os responsáveis se organizassem para pagar suas despesas. Dessa maneira, resta à parte comprovar sua situação de inexigibilidade de conduta diversa e ao magistrado analisar minuciosamente o caso concreto, levando em conta a realidade fática da pandemia e como esta afetou os negócios daquela empresa.

Ainda em 2021, os efeitos negativos da pandemia permanecem. Apesar dos fechamentos do comércio e toques de recolher terem se tornado menos frequentes, o consumo de diversos produtos desacelerou e a economia ainda encontra-se em situação ainda delicada, agravada pela pandemia. Com essa nova realidade, evidente que o Direito deve acompanhar as mudanças desencadeadas por esse momento histórico e se adaptar às mudanças a fim de cumprir com sua função social de justiça.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 31 dez. 1940.

_____. Lei n° 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 27 dez. 1990.

Brasil Pós Covid 19: Contribuições do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). **Instituto Brasileiro de Pesquisa Econômica Aplicada**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36143>, acesso em 01/03/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 24. **Diário Oficial da União**: p. 1. Brasília, DF, 11 dez. 2009.

CUCOLO, Eduardo. Dados mostram a dimensão histórica do impacto da Covid-19 na economia. **Folha de S. Paulo**, 2020. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/dados-mostram-a-dimensao-historica-do-impacto-da-covid-19-na-economia.shtml>>, acesso em 20/01/2021.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 111.

EISELE, Andreas. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

Estudos IBPT: Sonegação Fiscal de Empresas. **Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação**. Disponível em: < <https://ibpt.com.br/sonegacao-fiscal-da-empresas/>>, acesso em 03/03/2021.

GOVERNO FEDERAL. Prorroga o prazo de recolhimento de tributos federais. Sítio eletrônico do **Governo Federal**, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-ainformacao/perguntas-frequentes/covid-19/paginas/receita-federal/prorroga-o-prazo-de-recolhimentode-tributos-federais#:~:text=Adiamento%20por%2090%20dias%20das,ICMS%20e%2Fou%20o%20ISS>>, acesso em 11/06/2020.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. São Paulo: Atlas, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Inexigibilidade de outra conduta nos crimes contra a ordem tributária**. Estudos Doutrinários, 2004. Disponível em: <http://sistemas.qis.com.br:8084/hugomachado/conteudo.asp?home=1&secao=2&situacao=2&doc_id=108>, acesso em 25/01/2021.

Pesquisa Pulso Empresa: Impacto da Covid-19 nas empresas. **IBGE**, 2020. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/saude/28291-pesquisa-pulso-empresa-impacto-da-covid-19-nas-empresas.html?=&t=downloads>>, acesso em 01/03/2021.

STF - **RG ARE: 999425 SC** - Santa Catarina, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 02/03/2017, Tribunal Pleno - meio eletrônico, Data de Publicação: DJe-050 16/03/2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/JurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=6740608>>, acesso em 04/03/2021.

STJ - **HC: 442398 GO 2018/0067891-9**, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Publicação: DJ 30/08/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/619739290/habeas-corpus-hc-442398-go-2018-0067891-9>>, acesso em 06/03/2021.

STJ - **RHC: 102027 SC 2018/0211248-3**, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Publicação: DJ 22/03/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/880238072/recurso-em-habeas-corpus-rhc-102027-sc-2018-0211248-3>>, acesso em 03/03/2021.

TRF-3 - **Apelação Criminal: 00047732720094036120 SP**, Relator: Desembargador Federal Nino Toldo, Data de Julgamento: 04/06/2019, Décima Primeira Turma, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial. Data:10/06/2019. Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/719532031/apelacao-criminal-apcrim-47732720094036120-sp>>, acesso em 03/03/2021.

TRF-4 - **Apelação Criminal: 34111 SC 2003.04.01.034111-1**, Relator: Luiz Fernando Wowk Penteado, Data de Julgamento: 17/11/2004, Oitava Turma, Data de Publicação: DJ 09/12/2004 Página: 807. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/909377465/habeas-corpus-hc-67248520114040000-sc-0006724-8520114040000/inteiro-teor-909377554>>, acesso em 06/03/2021.

TRF-4 - **Apelação Criminal: 50027929520174047015**, Relator: Revisora, Data de Julgamento: 07/07/2020, Sétima Turma. Disponível em: <>, acesso em 03/03/2021. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/873267545/apelacao-criminal-acr-50027929520174047015-9-5002792-9520174047015>>, acesso em 03/03/2021.

TRF-5 - **Apelação Criminal: 00080109520144058300**, Relator: Desembargador Federal Lazaro Guimarães, Data de Julgamento: 08/01/2019, Quarta Turma, Data de Publicação: DJE - Data: 18/01/2019 - Página: 119. Disponível em: <<https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/925952036/acr-apelacao-criminal-80109520144058300>>, acesso em 04/03/2021.

TRF-5 - **Apelação Criminal: 08156978520174058300**, Relator: Desembargador Federal Carlos Vinicius Calheiros Nobre (Convocado), Data de Julgamento: 04/08/2020, 4ª Turma. Disponível em: <<https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1150192923/apelacao-criminal-ap-8156978520174058300>>, acesso em 06/03/2021.

INFLUÊNCIA DIGITAL NA FORMA DE CONCILIAÇÃO ENTRE AS PARTES PÓS-PANDEMIA

Data de aceite: 01/11/2021

Renata Andréa Nunes Vidal

Graduanda em Direito pela instituição de ensino Unichristus

RESUMO: O efeito da pandemia no Direito público e privado brasileiro tem contribuído para a visão de uma vertente mais tecnológica e renovatória? É possível realização de mediação durante a pandemia? O presente artigo visa analisar o atual cenário judiciário na absorção de grandes volumes de ações durante a pandemia, sua busca por uma solução negociada através de métodos consensuais e a crescente possibilidade desse método de se expandir remotamente. Esse questionamento nos leva a crer que o Século XXI é o século em que a tecnologia da informação tem ido além, ou seja, a inteligência artificial vem dominando algumas áreas, principalmente para facilitar processos e trabalhos do direito que são muito repetitivos. O profissional que atua nas conciliações extrajudiciais não deve se limitar apenas aos estudos sobre inteligência artificial. Hoje, as habilidades exigidas para os profissionais em atividade do século XXI são múltiplas, dentre as quais destacamos: ter noção de codificação para fazer as suas análises, ser gestor de projetos, saber liderar, ter uma boa comunicação, ser colaborativo e flexível. Portanto, cabe analisar que os contratos digitais, a comercialização e contratação de forma remota ainda estão sendo utilizados por várias empresas, e, para isso, a legislação tem se adaptado,

como a Lei Geral de Proteção de Dados, e, os advogados precisam adquirir esse conhecimento moderno para participar das discussões sobre mediação ou conciliação que vão ser bastante demandadas. Por fim, o presente estudo tem como objetivo geral identificar o profissional do futuro como o precursor nas negociações conciliativas e a sua contribuição para os fatores de inovação tecnológica durante a pandemia.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial. Métodos consensuais de litígio. Pandemia.

ABSTRACT: Has the effect of the pandemic on Brazilian public and private law contributed to the vision of a more technological and renewing aspect? Is mediation possible during the pandemic? This article aims to analyze the current judicial scenario in the absorption of large volumes of shares during the pandemic, its search for a negotiated solution through consensual methods and the growing possibility of this method of expanding remotely. This questioning leads us to believe that the 21st Century is the century in which information technology has gone beyond, that is, artificial intelligence has been dominating some areas, mainly to facilitate processes and works of law that are very repetitive. The professional who works in extrajudicial reconciliations should not be limited only to studies on artificial intelligence. Today, the skills required for professionals in 21st century activity are multiple, among which we highlight: having a notion of coding to do their analysis, being a project manager, knowing how to lead, having good communication, being collaborative and flexible. Therefore, it is worth analyzing that

digital contracts, marketing and contracting remotely are still being used by several companies, and for this, the legislation has adapted, such as the General Data Protection Law, and, lawyers need to acquire this modern knowledge to participate in discussions on mediation or conciliation that will be highly demanded. Finally, the present study has as general objective to identify the professional of the future as the precursor in the conciliatory negotiations and their contribution to the factors of technological innovation during the pandemic.

KEYWORDS: Artificial intelligence. Consensual methods of litigation. Pandemic.

1 | INTRODUÇÃO

Nesse período de quarentena, a internet e as redes sociais vêm trazendo benefícios para a grande parte da população, principalmente no que se trata da possibilidade do trabalho *home office*, aulas *on-line*, de adotar novas estratégias de comércio, manter relacionamentos afetivos e até desfrutar do lazer e da cultura que vem ocorrendo nos últimos anos através da tela de smartphones e computadores, foi o isolamento social, devido ao surgimento do novo Coronavírus (Covid-19), que potencializou seu uso para conseguir manter certas rotinas durante a pandemia. O presente estudo vem trazer essa vertente renovatória e tecnológica para o mundo jurídico e a possibilidade de realizar mediações para a resolução de conflitos na sociedade sem a atuação do judiciário a fim de buscar celeridade dos processos, tão como ajudar a sociedade que tanto carece da possibilidade de lutas por seus direitos.

Comissão de Direito Digital, Inovação e Tecnologia da Ordem dos Advogados do Brasil, em Sergipe (OAB/SE) ressalta a importância da atuação da advocacia e o uso saudável, produtivo e seguro da internet em tempos de pandemia. A presidente da Comissão, Milla Cerqueira Fonseca, e o vice-presidente da Comissão, Carlos Correia Júnior, revelam que as ferramentas utilizadas para atendimento online de clientes; a garantia do acesso seguro a aplicativos e programas; a administração da vida pessoal e da atuação profissional; os cuidados acerca da captação indevida de clientela, entre outros assuntos são fundamentais e requerem domínio e conhecimento por parte dos advogados e advogadas.

Não obstante, com a inteligência artificial usam-se ferramentas capazes de simular capacidades humanas ligadas à inteligência. Por exemplo, o raciocínio, a percepção de ambiente e a habilidade de análise para a tomada de decisão.

2 | MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS

A **conciliação, a mediação e a arbitragem** são técnicas de composição consensual de conflitos. Essas técnicas já existiam antes de 2015, mas, após a promulgação do Novo Código, se tornou perceptível a valorização que tem sido dado a elas.

Por esse motivo, tem-se aprimorado os meios e requisitos para o uso dessas

técnicas em um ambiente virtual. Há um consenso global de que as habilidades do futuro não serão as mesmas de hoje, e universidades e escolas precisam passar a dedicar mais tempo para disciplinar os alunos para as novas exigências do mercado. O foco do ensino digital deveria ser maior. Na mesma proporção para os profissionais da área do Direito e demais áreas.

O novo Código de Processo Civil trouxe medidas alternativas de resolução de conflitos, proporcionando ao ordenamento jurídico uma maior efetividade das normas constitucionais, em especial ao princípio da razoável duração do processo, determinando, expressamente, no seu art. 30 e respectivos parágrafos, que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, por meio da conciliação, da mediação e de outros métodos, os quais deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Frisa-se que deve haver a estimulação, inclusive no curso do processo judicial, conforme prevê o § 3º do artigo 3º do CPC:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, **inclusive no curso do processo judicial**.

Além disso, no próprio artigo 334 do Novo Código de Processo Civil diz que:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Nota-se que o novo Código Processual Civil e as demais leis se inter-relacionam para que as soluções extrajudiciais fiquem em primeiro plano. Assim como menciona o Art.32 da Lei 13.140/2015 e no art. 174 do CPC.

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

A mediação é um meio autocompositivo de solução de controvérsias no qual as pessoas envolvidas no conflito, auxiliadas por um ou mais terceiros imparciais, denominados mediadores, auxiliam as partes na prevenção ou na resolução do litígio. O mediador, ao contrário do conciliador, não indica ou propõe uma solução, apenas aproxima as partes e colabora para que elas cheguem à resolução comum e mais satisfatória para o litígio (Eduardo Cambi, in *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al], coord., 1ª ed., RT, 2015, p. 834). É indicada para os casos em que há vínculo anterior entre as partes (art. 165, § 3º, CPC).

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Tem-se a partir desse novo modelo de solução consensual de conflitos o que se denomina de sistema multiportas, proposto pelo professor Frank Sander, da Faculdade de Direito de Harvard, em palestra proferida em 1976 (“**Multi-Door Courthouse System**”), como forma de desafogar os Tribunais.

O “*Multi-Door Courthouse System*” (Sistema de Múltiplas Portas) previa que o interessado, após uma triagem especializada, fosse encaminhado ao método alternativo de resolução de conflitos mais apto a solucionar o problema em questão, adaptando-se o procedimento ao tipo de controvérsia. Decorre desse modelo que o Poder Judiciário é visto como um centro de resoluções de disputas, com distintos processos, baseados na premissa de que há vantagens e desvantagens de cada processo que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito (Paulo Valério Dai Pai Moraes, *Novo Código de Processo Civil - O Ministério Público e os métodos autocompositivos de conflito - negociação, mediação e conciliação in Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*, Coord. Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral, Juspodivm, 2017, p. 248).

Por isso, o **Sistema Multiportas**: Importado do direito norte americano, consiste na ideia de integração, em um único espaço físico, de vários modos de processamento de conflitos. Dessa forma, em vez de se oferecer apenas um caminho – o processo judicial – o tribunal “multiportas” considera vários tipos de procedimentos, em que o Estado conduz os litigantes para a melhor opção de resolução de litígio, a melhor “porta”.

O NCPC adota o modelo multiportas de processo civil. Cada demanda deve ser submetida à técnica ou método mais adequado para a sua solução e devem ser adotados

todos os esforços para que as partes cheguem a uma solução consensual do conflito. Tal afirmativa pode ser extraída da redação do art. 3º do CPC, como já mencionado anteriormente.

Nesse ponto, imperioso o destaque da Resolução nº 125 do CNJ, editada para dispor acerca da política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Dentre outras determinações, a referida resolução estabelece as diretrizes da política pública de resolução de conflitos, institui a criação dos núcleos permanentes de métodos consensuais de conflito (NUPEMEC), dos centros judiciários de solução de conflitos (CEJUSCS) e suas respectivas atribuições. Além disso, trata do processo de formação dos mediadores e conciliadores, bem como da necessidade de criação de cadastro e regulamentação do ofício. Institui, ainda, a obrigatoriedade de acompanhamento estatístico de resultados.

É importante destacar ainda que, o procedimento comum no NCPC está organizado em duas fases. A primeira fase é de esforço para a resolução consensual da disputa, ou seja, serão realizadas sessões de conciliação ou de mediação no âmbito dos CEJUSCS a fim de se dar ao caso uma solução consensual. Apenas se não for possível a solução consensual, o processo seguirá para a segunda fase, litigiosa, voltada para instrução e julgamento adjudicatório do caso.

Dessa forma, conforme se extrai da interpretação dos artigos supratranscritos, no NCPC a audiência de mediação e conciliação é a regra e apenas excepcionalmente não será realizada. O objetivo é implementar efetivamente o modelo multiportas e levar as partes a terem efetivo contato com as técnicas de negociação assistida, propiciando a efetiva solução adequada dos conflitos.

Por fim, ainda que o processo adjudicatório se instaure, o NCPC aduz que é dever do juiz, durante a audiência de instrução e julgamento, tentar conciliar as partes, independente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos.

3 I MÉTODO MULTIPLAS PORTAS PÓS PANDEMIA DO COVID-19

Historicamente, o trajeto delineado pelo sistema jurídico brasileiro sofre com a demora e dificuldade da celeridade nos processos, o que torna o modo jurisdicional dispendioso. Segundo relatório do CNJ, em 2017, as despesas do judiciário já correspondiam a 90,8 bilhões de reais, parte substancial do Produto Interno Bruto (PIB) Nacional.

A conjuntura do ano de 2020, permeada pela pandemia, causada pelo coronavírus teve como fator primordial o aumento súbito de processos. Se antes da pandemia o cenário possuía grandes falhas e problemáticas, agora a situação tem de ser observada e manuseada de forma ainda mais delicada, a ideia era a de não culminar em total colapso do sistema jurídico brasileiro.

A grande maioria dos processos que chegam aos JEC são submetidos à dissolução

por meio das formas consensuais de resolução de conflitos. Não à toa, esses juizados têm competência para realizar conciliações, como estabelece Lei nº 9.099/1995.

Em razão da maior quantidade dos procedimentos chegados ao judiciário nesse cenário pandêmico, demonstra-se aqui a relevância que deve ser dada às formas autocompositivas estimuladas no momento presente.

Ainda não há jurisprudência formada quanto a situações nas quais uma das partes não dispõe de conhecimento acerca do uso dos meios digitais ou ainda a falhas nos aparelhos de comunicação virtual. No entanto, a Resolução nº322 do CNJ, de 01 de junho de 2020, estabeleceu diretrizes para a volta das atividades nos tribunais a partir de 15 de junho, desde que seguidas devidamente às orientações das autoridades sanitárias. Dessa forma, os CJUS (Centro Judiciário de Resolução de Conflitos) podem disponibilizar aparatos como computadores e internet para as partes que assim necessitarem e solicitarem.

Em adição a isso, a Portaria nº61 também do CNJ, de 31 de março de 2020, disponibilizou uma plataforma emergencial de videoconferência para a realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário. Esta plataforma, a qual se manuseia o aplicativo CiscoWebex, possibilita a uniformização do meio utilizado nas sessões de conciliação dos JEC e CJUS. Ainda assim, os órgãos têm poder de escolha sobre empregar essa ferramenta ou outras, como e-mail e até mesmo WhatsApp.

Importante é, pois, destacar a grande valia da Recomendação CSJT.GVP Nº 01/2020, de 25 de março de 2020 do Vice-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello. Nesse documento recomenda-se:

“A adoção de diretrizes excepcionais para o emprego de instrumentos de mediação e conciliação de conflitos individuais e coletivos em fase processual e fase pré-processual por meios eletrônicos e videoconferência no contexto da vigência da pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19).” (p.1)

Apesar de tudo, a busca pela mediação encontra-se crescente em diversos pontos do país, como no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (TRT-RS) que, entre 16 de março e 23 de abril de 2020, apresentou um crescimento de 156% nas mediações entre empregados e empregadores (inferior ao aumento de 292 % nas audiências).

É cedo para dizer se essa expansão no uso dos meios consensuais é devida ao conhecimento de seus benefícios ou apenas proporcional ao crescimento de lides.

Por essa razão, defendem-se amplamente os dispositivos do CPC que impõem a cooperação dos profissionais do direito para o incentivo das formas consensuais. Reduzir a quantidade de processos submetidos aos tribunais e propiciar resoluções de litígios que agradem as partes são objetivos amplamente queridos. Por um lado, a diminuição no número de processos gerará ganhos econômicos necessários neste período de crise. Por outro, os ânimos já aflorados dos indivíduos são poupados de mais indignações com a justiça e o Estado.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante às evidências sobre o impacto que a pandemia do ano de 2020, provocada pela nova corona vírus, que trouxe ao ramo processual, entende-se que o papel das formas consensuais de resolução de conflitos ganhou uma importância ainda maior, devendo ser incentivadas e utilizadas de forma ampla, com os devidos cuidados para que a isonomia das partes seja respeitada. Diante disso, a mediação e a conciliação terão maior enfoque no cenário brasileiro, devido aos incentivos propiciados pelo CPC e a maior necessidade desses meios atualmente.

REFERÊNCIAS

Sítio <<https://blog.sajadv.com.br/como-o-mercado-de-direito-tem-se-comportado-diante-da-pandemia/>> acesso em 12 de Setembro de 2020.

MORAES PAI DAI, Paulo Valério, ***Novo Código de Processo Civil - O Ministério Público e os métodos autocompositivos de conflito - negociação, mediação e conciliação in*** Justiça.

CABRAL E ZANETI JR, Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos, Juspodivm, 2017. Novo Código de Processo Civil, 2015.

COMO (RE) CONSTRUIR A EDUCAÇÃO BRASILEIRA EM PANDEMIA?

Data de aceite: 01/11/2021

Data de submissão: 06/08/2021

Cibele Cristina Gonçalves Rodrigues

Faculdade Estácio de Sá – Ourinhos - SP
(FAESO)

<http://lattes.cnpq.br/7123792861826095>

Fabiana Polican Ciena

Faculdade Estácio de Sá – Ourinhos - SP
(FAESO)

<http://lattes.cnpq.br/2709327155035601>

RESUMO: Considerando a pandemia que devastou o mundo, fazendo-o paralisar, a humanidade se vê obrigada a repensar a competitividade e o individualismo. Diante deste cenário, especialistas da área educacional apontam e discutem caminhos para o futuro da educação. Às vistas das contradições do capitalismo, chegamos ao século XXI com um imenso desenvolvimento tecnológico, mas, ao mesmo tempo, com uma alarmante imaturidade política e social. De um capitalismo de produtos, que se viu esgotado em seu mercado consumidor, surge um capitalismo de conceitos, que, inevitavelmente vende, agora, valores. Inovar será imprescindível para o combate à dissolução alarmante de uma crescente desigualdade social, e evasão escolar. Verificados os conflitos advindos da pandemia, uma mudança de postura pedagógica, e o fortalecimento de políticas públicas educacionais se tornam emergenciais. A mudança é própria do humano,

de sua personalidade, singularidade e diferença. Em meio a esse panorama, o presente artigo investiga as ações conceituais, procedimentais e atitudinais na área educacional frente ao desafio pós-pandêmico, a fim de apresentar as ações articuladoras e proposições existentes como atenuantes desse processo. A metodologia de pesquisa, por revisão legislativa e bibliográfica utiliza técnicas de investigação teórica (conceituais e normativas) aliadas a técnicas de investigação empírica (pesquisa-ação). Como resultados de pesquisa ressalta que, verificados os conflitos advindos e agravados pela pandemia, uma mudança de postura pedagógica, e o fortalecimento de políticas públicas educacionais se tornam emergenciais, com necessária gestão democrática da educação. A gestão democrática deve priorizar a melhora do financiamento e nova forma de avaliação, ao mesmo tempo em que fortalece a política pública educacional brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Pandemia; educação; proposição; reconstrução.

HOW TO (RE) BUILT THE BRAZILIAN EDUCATION IN A PANDEMIC?

ABSTRACT: Considering the pandemic that devastated the world, making it paralyze, humanity is forced to rethink competitiveness and individualism. Faced with this scenario, specialists in the educational field point out and discuss paths for the future of education. In view of the contradictions of capitalism, we reach the 21st century with an immense technological development, but, at the same time, with an alarming political and social immaturity. From a capitalism of products, which found itself

exhausted in its consumer market, comes a capitalism of concepts, which, inevitably, now sells values. Innovating will be essential to combat the alarming dissolution of a growing social inequality and school dropouts. Once the conflicts arising from the pandemic are verified, a change in pedagogical posture and the strengthening of educational public policies become emergencies. The change belongs to the human, his personality, uniqueness and difference. In the midst of this panorama, this article investigates the conceptual, procedural and attitudinal actions in the educational area in the face of the post-pandemic challenge, in order to present the articulating actions and existing propositions as mitigating factors in this process. The research methodology, by legislative and bibliographical review, uses theoretical investigation techniques (conceptual and normative) combined with empirical investigation techniques (action research). As research results, it is highlighted that, after verifying the conflicts arising and aggravated by the pandemic, a change in pedagogical posture and the strengthening of educational public policies become emergencies, with a necessary democratic management of education. Democratic management must prioritize the improvement of financing and a new form of evaluation, while strengthening the Brazilian educational public policy.

KEYWORDS: Pandemic; education; proposition; reconstruction.

1 | INTRODUÇÃO

O direito à educação pública, laica, gratuita e de qualidade é condição básica para a construção de uma sociedade equânime, pois a ela cabe o papel de formar cidadãos e cidadãs capazes não só de atuar, mas principalmente de transformar a realidade em que estão inseridos. O fim das desigualdades exige uma educação de qualidade para todos, voltada não somente para o desenvolvimento tecnológico e econômico, mas principalmente humano. A defesa do direito à educação é um entrave aos interesses privados que dominam o capitalismo, em seu caráter excludente.

A pandemia de coronavírus acentuou as desigualdades da população brasileira, sobretudo, por isso, ações imediatas para a proteção social a esses grupos são emergenciais, pois serão mais impactados. É necessário refletir sobre ações efetivas para impedir que a pandemia piore as condições de vida de milhões de brasileiros.

O Brasil é um dos países mais desiguais no mundo e neste contexto de pandemia, as diferenças de acesso dos brasileiros à proteção social, serviços públicos de saúde e educação ficam ainda mais evidentes.

O cenário pandêmico no país agravou-se e ainda requer muita articulação, envolvendo os poderes públicos de todos os entes federados e a sociedade civil na proposição e reconstrução de políticas que garantam o cumprimento da Constituição Federal e, portanto, os fundamentos do Estado Democrático de Direito: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político. Somente a ampla discussão poderá efetivar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as

desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme expressos na Constituição Federal, em seus artigos 1º e 3º.

A educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, e visa à garantia do pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, conforme artigo 205 da Constituição Federal, isso é imprescindível para a concretização dos fundamentos e objetivos do Estado Democrático.

Sendo assim, o estado de calamidade pública, alarmante, causada pela pandemia não pode ser utilizado como argumento para romper os princípios constitucionais, principalmente, o direito à educação de qualidade, que é o foco desse presente artigo.

Nessa intenção, serão aqui tratados os conflitos advindos e agravados pela pandemia; a emergente mudança de postura pedagógica, finalizando com o fortalecimento de políticas públicas educacionais emergenciais.

2 | NOVA REALIDADE: OS DESAFIOS PARA OS CONFLITOS ADVINDOS E AGRAVADOS PELA PANDEMIA

Segundo a professora Claudia Costin, fundadora e diretora do Centro de Excelência e Inovação em Políticas Educacionais da Fundação Getúlio Vargas (Ceipe-FGV), hoje, 190 países estão com escolas fechadas e um 1,5 bilhão de crianças e adolescentes excluídas de escolas por conta da pandemia de Covid-19.

Diante de tanta incerteza, as instituições de ensino de todos os níveis educacionais iniciaram um processo de ensino à distância que tem imposto desafios não só às próprias escolas e universidades, mas também aos profissionais de educação e às famílias.

Para Costin (2021), a aprendizagem remota tem o aspecto positivo de acelerar o modelo híbrido de educação, que alia o uso da inteligência artificial à presença do professor em sala de aula, para ela, ainda insubstituível. Por outro lado, o modelo pode aumentar drasticamente o abismo educacional entre ricos e pobres. Mas, segundo a especialista, a educação não pode parar. “Se a gente não fizesse nada, os riscos de aumentar a desigualdade educacional seriam tremendos. Com a atuação dos gestores educacionais, nós temos grandes chances de diminuir um pouco o dano causado, mas a gente não pode ter ilusões”, alerta.

Em tempos pandêmicos os educadores foram obrigados a se recriarem, a se fazerem presentes. Presentes em plataformas virtuais, presentes nas vidas dos alunos, mediando as dores existenciais em videoconferências. O tempo todo se reinventando. E as unidades significativas do Componente Curricular foram referenciadas para a interação física, sinestésica. Todos isolados, mas lutando para permanecerem conectados!

Como bem alude Edgar Morin (2003):

É nessa mentalidade que se deve investir, no propósito de favorecer a inteligência geral, a aptidão para problematizar, a realização da ligação dos conhecimentos. A esse novo espírito científico será preciso acrescentar a renovação do espírito da cultura das humanidades. Não esqueçamos que a cultura das humanidades favorece a aptidão para a abertura a todos os grandes problemas, para meditar sobre o saber e para integrá-lo à própria vida, de modo a melhor explicar, correlativamente, a própria conduta e o conhecimento de si. É nossa constante desgraça também é a nossa graça e privilégios: tudo o que há de preciso na terra é frágil, raro e destinado a futuro incerto.

Nesse sentido, ensinar aprender e pesquisar lidam com dois momentos do ciclo gnosiológico: o em que se ensina e se aprende o conhecimento já existe e o em que se trabalha a produção do conhecimento ainda não existente (FREIRE, 2011, p.30)

No processo histórico, o homem se desenvolveu, ou se apropriou do progresso, de valores educacionais éticos, morais humanos. Quando uma criança brasileira nasce, ela é apresentada ao mundo, como também a um sistema capitalista, que poderá fazê-la progredir ou fracassar, tendo em vista que o capitalismo apresenta um caráter explorador, o qual favorece alguns em detrimento à grande massa humana existente.

O ensino e aprendizagem das unidades significativas do Componente Curricular brasileiro é um desafio duradouro, e só agravou com o ensino remoto. Esse processo não deveria se restringir exclusivamente à aprendizagem conteudista, e sim, na possibilidade de capacitar o indivíduo a refletir sobre suas possibilidades de compreensão do mundo que o cerca, exercendo de maneira significativa e adequada.

3 | MUDANÇA DE POSTURA PEDAGÓGICA EMERGENTE PARA GARANTIA DA EDUCAÇÃO DE QUALIDADE

O novo momento vivenciado pela a educação brasileira não pode insultar a redação do artigo 32, § 4º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB): “O ensino fundamental será presencial, sendo o ensino a distância utilizada como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais”, assim como no *caput* do artigo 34 há destaque para a permanência do aluno na escola: “A jornada escolar no ensino fundamental incluirá pelo menos quatro horas de trabalho efetivo em sala de aula, sendo progressivamente ampliado o período de permanência na escola”.

O Conselho Nacional da Educação (CNE) se posicionou, no Parecer 11/2020, para a reposição presencial de aulas e atividades acadêmicas que podem ser superadas, redimensionadas, tendo em vista o bem maior que é a saúde, a vida e o direito à educação. Dessa forma, se dentre as preocupações do CNE foi realçada a garantia de “padrões básicos de qualidade para evitar o crescimento da desigualdade educacional no Brasil”, considerando que:

- O ano letivo não precisa coincidir com o ano civil, principalmente em situações

excepcionais como a que nos encontramos; e

- É possível reorganizar os dias letivos e horas de modo a garantir o ensino presencial para todos, assegurando-se que não haja discriminação devido às condições de vida dos estudantes e à estrutura das instituições educacionais.

Considerando a possibilidade de os sistemas e instituições de ensino não dispuserem das condições necessárias para a materialização do ensino remoto, tampouco os docentes responsabilizados ou submetidos a formas improvisadas de mediação tecnológica, sem a mediação direta de professores e com famílias sem condições de acessibilidade e de suporte ao processo educativo de crianças e jovens, não conseguirá oportunizar ensino de qualidade.

O documento de referência do CNE sugere o envio de atividades às famílias, crianças e jovens nas diferentes etapas educacionais, desconsiderando que a realização de atividades não presenciais trará enormes prejuízos a uma parcela significativa de estudantes, cujos familiares não terão condições, por diversos fatores, de garantir acessibilidade e ofertar o apoio necessário para realização das atividades.

A garantia de padrão de qualidade requer a construção de novas propostas pedagógicas, com fundamentação definidas com objetivos referenciados nos complexos desafios resultantes da pandemia e seus desdobramentos. Também se faz indispensável a articulação de propostas às políticas educacionais, democraticamente estabelecidas, ao projeto pedagógico de longo prazo das instituições; e, ainda, garantindo o envolvimento dos órgãos centrais dos sistemas de ensino, as suas instituições, os profissionais da educação e os estudantes.

Há a necessidade iminente da efetivação ao cumprimento do direito à educação e à qualidade do ensino, em consonância com a Constituição Federal e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, bem como ao fortalecimento da autonomia dos sistemas municipais, estaduais e distrital para definir suas formas de recuperação, com a ampla participação das comunidades nas proposições, cumprindo o princípio constitucional da gestão democrática, e assim, fortalecendo o pacto federativo cooperativo.

Necessário se faz necessário que o sistema educacional brasileiro cumpra sua função transformadora e renasça com um novo olhar pedagógico, configurando um novo sentido e facilitando o desenvolvimento do ensino-aprendizagem, tornando o ser educador cada vez mais integrador e valorizando-se enquanto ser humano. É preciso promover as mudanças nas relações dos educadores com os alunos no contexto escolar, mas antes de tudo, debater como inserir estas ações no novo cenário.

Segundo Rios (2010, p.63) há a necessidade de se adjetivar a qualidade educacional e demonstrar que, ao explorar a expressão “boa qualidade”, deve-se fazer a conexão estreita entre as dimensões – técnica, política, ética e estética da atividade dos sujeitos envolvidos, aclarar a especificidade para uma interlocução efetivamente criativa, que

permita o avanço na direção dos objetivos que uma perspectiva formadora propõe para a educação e o ensino.

Nesse sentido, é imprescindível o debate frente a esse cenário devastador que a pandemia promoveu.

Os desafios são imensos e os empecilhos, inúmeros. Uma pesquisa da Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) realizada em 2019 e divulgada no mês de julho demonstra que 39% dos estudantes de escolas públicas do Brasil não têm computador ou tablet, já nas escolas particulares este índice cai para 9%. A desigualdade é alarmante. O mesmo estudo mostrou que 30% dos lares não têm acesso à internet.

Fora as questões técnicas, que envolvem políticas educacionais, e atuação do Estado, existem outros inúmeros problemas que impedem uma escolarização plena em casa. O impacto pandêmico assolou os países subdesenvolvidos, pois muitas famílias não têm a estrutura necessária para acessar ao conteúdo, falta-lhes o essencial à vida: comida no prato, o que gera um estresse exacerbado, fere o princípio da dignidade humana, pois a carga emocional a ser suportada é imensurável. O distanciamento social e a falta de condições dignas para a sobrevivência impulsionam também a evasão escolar.

Primeiramente, devem ser implementadas estratégias didáticas curriculares pré-estabelecidas para o retorno pós-pandêmico às aulas, como também deve ser considerado um ciclo letivo 2020-2021 sem a realização de quaisquer avaliações censitárias em 2020 ou no primeiro semestre de 2021, pois as instituições escolares se são expostas a índices quantitativos educacionais Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB), e Sistema de Avaliação da Educação Básica (SAEB), atrelados ao financiamento da educação, e, quando longe da meta projetada, os municípios são alvos de duras penas dos Tribunais de Contas.

A dificuldade de pensar a educação com a complexidade que a caracteriza parece não ser mérito ou demérito apenas da educação; a gestão pública no Brasil carece de projetos articulados, que somem, se alimentem, de modo a constituir uma engrenagem autossustentável, o contrário disso é uma máquina estatal que escreve com a mão direita e apaga com a esquerda, quer dizer, cujas ações acabam se anulando umas às outras (MOSÉ, 2014, p.74).

Pensar em um novo modo de gestão educacional é necessário, mas esse diagnóstico, certamente, nos encaminhará para um problema ainda maior.

Já se vislumbra um movimento em prol da discussão sobre o retorno às aulas, pós- pandemia. Comissões estão sendo criadas, com a representatividade de todos os segmentos da educação. Um novo ano à duras penas, além de paralisar o mundo, motivou as discussões para se estruturar e solidificar um Estado de garantias, onde se reforça a importância desse enlace entre a educação e ordenação territorial se organizarem para que se cumpra a ideologia da Base Nacional Comum Curricular (BNCC).

Em 25/08/2020, o plenário do Senado aprovou, por unanimidade, o novo Fundo de

Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), tornando-o permanente e com mais recursos da União. A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 15 passou sem mudanças por unanimidade dos 79 senadores votantes na sessão.

Pelo fato de ser incluído agora na Constituição, o Fundeb se torna permanente. Após uma série de negociações com o governo, o Congresso também estabeleceu que a participação da União no fundo aumentará gradualmente. Passará dos atuais 10% para 23% até 2026. O restante do Fundeb é financiado por fundos e impostos, estaduais e municipais, como o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA).

Todos os recursos do Fundeb são aplicados exclusivamente na educação básica da rede pública. Isso abrange creche, pré-escola, ensinos fundamental e médio, educação especial, jovens e adultos, e ensino profissional integrado. As escolas podem estar em zona rural e urbana, em regime integral ou parcial, como turno matutino, vespertino ou noturno. A PEC buscou diminuir as desigualdades na distribuição dos recursos por meio de novos critérios. Por exemplo, além de fatores como número de matrículas, etapas, modalidades, duração da jornada e tipos de estabelecimento de ensino, foram levados em conta o nível socioeconômico dos alunos, indicadores de melhoria na aprendizagem e capacidade financeira de cada ente federado.

A participação da União acontece na complementação de recursos a quem não atingir o valor mínimo por aluno. Com foco nos municípios, o novo modelo deve permitir que, em 2026, 24 estados tenham cidades recebendo o auxílio da União. Pelo modelo atual, apenas nove estados têm municípios que recebem a complementação.

A complementação de 23% da União deverá ser distribuída da seguinte maneira: 10 pontos percentuais nos moldes já praticados às unidades federativas que não atingirem o valor anual por aluno definido nacionalmente; 10,5 pontos percentuais, no mínimo, em cada rede pública de ensino municipal, estadual ou distrital, que não atingirem o valor anual por aluno definido nacionalmente, com metade desse montante destinado à educação infantil. 15% ficam para investimentos, com possibilidade de destinação desses recursos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, em caso de falta de vagas na rede pública; 2,5 pontos percentuais às redes públicas com base em indicadores que mostrem melhora na gestão e na aprendizagem com redução de desigualdades. Esse percentual será implementado de forma gradativa a partir do terceiro ano de vigência do texto.

O financiamento do novo Fundeb garante o investimento rumo a uma educação equitativa e de qualidade. Há de se pensar, portanto, em como “essa garantia equitativa” se efetivará.

4 | FORTALECER POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS PARA O RETORNO PRESENCIAL ÀS AULAS ESCOLARES

Quais os próximos passos condutores a serem galgados rumo ao enfrentamento de uma sociedade que se modificou com tamanha rapidez? E o papel do gestor, do aluno, da comunidade?

China, Coreia do Sul, Dinamarca, Finlândia, França, Inglaterra, Israel, e Portugal estabeleceram algumas estratégias para o retorno às aulas escolares - dentre elas: desinfecção de escolas, tendas de desinfecção dos alunos na entrada, controle de temperatura, uso de máscaras, lavagem de mãos e instalação de torneiras, grupos menores de alunos distanciamento, horários diferentes de entrada e saída, arejar a sala e afastar professores do grupo de risco. A volta às aulas seria gradual em cada país, pois demanda planejamento para uma nova situação. Os países analisaram várias questões sobre retorno: em geral priorizaram os mais novos, para os pais voltarem ao trabalho, e jovens do ensino médio, por causa dos processos seletivos. Não volta todo mundo junto. E é consenso que nada é vivenciado como antes, o ambiente de aprendizagem foi totalmente modificado. Por exemplo, as escolas abrem escalonando aluno, com menos crianças por sala. Isso demanda mais espaço, e mais professores. Ao mesmo tempo, não é 100% dos professores que voltam. Há aqueles no grupo de risco. Por outro lado, é preciso mais professores. Se antes havia um por turma de 20 crianças, agora dividem esta turma em duas ou três.

Há higienização até dos sapatos dos sapatos, ainda assim, ao menos dois dos países que já concretizaram o retorno às aulas físicas, Coreia do Sul e França, registraram casos de transmissão de coronavírus.

E existe mais um agravante: com a morosidade da vacinação, chegaram a 1.275 registros de coronavírus em um dia, com aumento significativo de contaminação.

No Brasil, as aulas estão remotas, os estados têm previsão do retorno às aulas presenciais a partir da segunda quinzena de agosto de 2021. Mas segundo especialistas em saúde e educação, o atual momento da pandemia de covid-19, com mais de 70 mil novos casos, hospitais lotados e mais de 3 mil mortes por dia, em média, transforma a reabertura de escolas para aulas presenciais em um risco imenso para a população.

Não há como tomar como exemplo a estrutura sugerida por esses outros países, porque existem inúmeras escolas sucateadas, sem a mínima condição de ofertar um ambiente acolhedor e seguro, e a educação é um direito subjetivo a todos.

Analisada a motivação acima descrita, o discurso aponta para um único norte: retorno às aulas escolares para uma demanda do mundo do trabalho e sua relação direta com o capitalismo, e cria-se, a partir disso, uma ruptura incalculável na desigualdade social.

O trabalho tem sua definição relacionada a uma atividade social do homem, que visa transformar o meio em que vive com um esforço afirmado e desejado para a realização

de objetivos. Assim, Engels (1985) afirma que na medida em que o homem coloca seu corpo, sua consciência a serviço de algum objetivo, vai travar relação com a natureza e com outros homens. E quando se coloca o seu corpo, a sua vida como moedas de troca, num incessante movimento de produção? No Brasil, o direito à vida aparece em primeiro lugar por ser este de impossível restituição. Além disso, a perda deste direito impossibilita o gozo dos demais. Todos os direitos contemplados no artigo 5º da Constituição Federal são considerados cláusulas pétreas. Além da Constituição Federal brasileira, outros tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário declaram que o direito à vida é inviolável.

Frente a todo este processo de contradições das relações econômicas e sociais, o universo das relações de trabalho no capitalismo vem progressivamente adquirindo múltiplas processualidades, as quais também não são novas mais duráveis e persistentes que são “a expansão do trabalho parcial, temporário, precário, subcontrato, ‘terceirizado’, que marca a sociedade dual no capitalismo [...]” (ANTUNES, 2000, p.51).

O propósito dos que combatem as ideologias de uma a sociedade mercantil, bem como a alienação é a soberania humana. Não há como pensar a educação como fundamento de uma transformação social e humanística, se a habitualidade estiver condicionada ao serviço da sociedade capitalista, que é tão somente fornecer os conhecimentos e o pessoal necessário para a produção e transmissão de valores que legitimam as disposições. Infelizmente, a natureza da educação contemporânea ainda está vinculada ao destino do trabalho e produção.

Conseqüentemente, uma reformulação significativa da educação é inconcebível sem a correspondente transformação do quadro social no qual as práticas educacionais da sociedade devem cumprir as suas vitais e historicamente importantes funções de mudança (MÉSZÁROS, 2008, p. 25).

Portanto, o retorno às aulas vai além de um cumprimento de protocolos higiênicos, mas há de se pensar numa nova abordagem metodológica para além do capital. O isolamento evidenciou que os conteúdos programáticos em si próprios não cumprem uma formação social e integradora, principalmente considerando um Estado que possui, em sua redação, uma das Constituições mais protetivas dos direitos humanos, que é um marco aos direitos dos cidadãos brasileiros, por garantir liberdades civis. E por que não incluir uma educação verdadeiramente formadora?

A infraconstitucional LDB, atualizada em 2020, dispõe das finalidades: o pleno desenvolvimento do educando – o processo de desenvolver todas as capacidades do educando nas dimensões cognitiva, afetiva, social e motora, como também o preparo para o exercício da cidadania – é o processo em que se prepara o educando para atuar ativamente na sociedade, a fim de se tornar um cidadão e exercer sua cidadania, convivendo em harmonia enquanto sujeito de direitos e deveres. E com muita clareza, descreve em seu artigo 27: “Os conteúdos curriculares da educação básica observarão, ainda, as seguintes diretrizes: I - a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres

dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática”.

A inovação do ordenamento jurídico não deve ter um caráter meramente textual. Nesse sentido, se faz necessário que o texto legal se torne uma realidade para a educação brasileira, e emergencialmente, ocorra uma maior mobilização e participação social para um novo currículo aplicado, como já previsto na BNCC, como também o Plano Nacional de Educação (PNE), instituído pela Lei nº 13.005/2014, que determina as diretrizes, com vinte metas e estratégias para a política educacional no período de 2014 a 2024:

Meta 8: elevar a escolaridade média da população de 18 (dezoito) a 29 (vinte e nove) anos, de modo a alcançar, no mínimo, 12 (doze) anos de estudo no último ano de vigência deste plano, para as populações do campo, da região de menor escolaridade no País e dos 25% (vinte e cinco por cento) mais pobres, e igualar a escolaridade média entre negros e não negros declarados à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

A política pública deve fortalecer sistemas educacionais inclusivos em todas as etapas, viabilizando acesso pleno à educação básica obrigatória e gratuita. A juventude (jovens e jovens adultos, conforme o Estatuto da Juventude) do campo, das regiões mais pobres e a negra devem ganhar centralidade nas medidas voltadas à elevação da escolaridade, de forma a equalizar os anos de estudo em relação aos demais recortes populacionais. Os estados e os municípios devem se organizar e entender esses desafios como compromissos com a equidade, contando com o apoio federal para viabilizar o atendimento das pessoas com deficiências, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação em salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados.

Se já existem dispositivos legais que sustentam uma inovação educacional para o enfrentamento desse novo cenário pandêmico, e a aprovação constitucional de financiamento Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), começa a despontar a possibilidade motivadora para uma real mudança qualitativa, em detrimento aos números referenciais quantitativos, ditados pelo IDEB e SAEB.

Assim existimos: fazendo. E porque fazemos, pensamos. E, porque pensamos, fazemos nossa existência. É por isso que a prática de pensar a prática – o que fazemos ou faremos – é a única maneira de pensar – e de fazer – com exatidão (CORTELLA, 2011, p. 92).

Essa angústia enfrentada pela sociedade é carregada de potencial transformador. A força das pessoas é que é transformadora, e ela dita a gestão. Não existem soluções mágicas, nem adianta ficar apontando culpados, precisamos construir, juntos, essa educação que queremos.

Comissões estaduais e municipais foram nomeadas para o debate, e possíveis soluções para o retorno às aulas, sobretudo, no tocante ao currículo. É chegada a hora.

Questionar o que nos é imposto, sem rebeldias insensatas, mas sem demasiada sensatez. Saborear o bom, mas aqui e ali enfrentar o ruim. Suportar sem se submeter. Sonhar, porque se desistimos disso apaga-se a última claridade e nada mais valerá a pena (LUFT, 2005, p.25).

A docência é um processo complexo que supõe uma compreensão da realidade concreta na sociedade, da educação, da escola, do aluno, do ensino-aprendizagem, do saber, bem como um competente repensar e recriar do fazer na área da educação, em suas complexas relações com a sociedade (COELHO, 1996, p.51). Somente a mobilização humana pode provocar mudanças, produzindo as condições materiais e intelectuais indissociáveis à sua existência.

É preciso muita coragem para combater regimes opressivos, mas é preciso ainda mais coragem para admitir ignorância e se aventurar no desconhecido. A educação secular nos ensina que se não sabemos algo não deveríamos ter medo de duvidar das opiniões e questionar (HARARI, 2018, p. 259).

5 | CONCLUSÃO

Após esse breve panorama apresentado acerca da situação pandêmica vivenciada e o caos instalado na sociedade contemporânea, é possível afirmar que a reconstrução tão somente será possível, garantindo os dispostos normativos legais, se a sociedade participar efetivamente do debate ao enfrentamento desse vírus que nos assola.

Em síntese, para amenizar um sistema educacional injusto e excludente com consequências gravíssimas a médio e longo prazo, é imprescindível um amplo debate, porque educação não é mercadoria, a ferramenta é humana.

Ressalte-se a necessidade emergente de gestão democrática da educação para avaliar dialogicamente os conflitos advindos e agravados pela pandemia envolvendo alunos, professores e comunidade para além dos muros escolares.

Com um debate que realmente dê voz e vez a todos, será possível repensar a melhora do financiamento da educação, possibilitando reconhecimento das deficiências e potencialidades, oferecendo reais condições de educação de qualidade, mudando a postura pedagógica.

Para que ocorra educação de qualidade, é imprescindível fortalecer as políticas públicas de outrora, com financiamento adequado, destacando aqui a recente aprovação do novo Fundeb; ressaltando ainda, a desnecessária avaliação censitária externa, considerando o período vivenciado em isolamento e crescimento da desigualdade social.

Contudo, a proposta é delicada, pois implica a ruptura de paradigmas pré-estabelecidos, em que o Estado assume o controle, enquanto os que sofrem os reflexos disso se calam. Trata-se, portanto, da emergência móbil social, de autorresponsabilidade civil, e da ampla participação dos profissionais do magistério brasileiro no debate, os quais

devem considerar as possibilidades de um retorno transformador, às aulas. Isso implica em mudanças posicionais de pensamentos, que ainda estão engessados pelo sistema dominador capitalista, e não apenas medidas protetivas contra o coronavírus. Tudo mudou. Bem-vindos ao século XXI!

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as Metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. São Paulo : Cortez, 7. ed., 2000.

COELHO, Ildeu M. **Formação do educador: dever do Estado, tarefa da universidade**. In: Formação do educador. São Paulo: Editora UNESP, v. 1, 1996.

CORTELLA, Mario Sergio. **A escola e o conhecimento: fundamentos epistemológicos e políticos**. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

CORTELLA, Mario Sergio. **A sorte segue a coragem**. São Paulo: Planeta, 2018.

COSTIN, Cláudia. **Impactos da pandemia na educação e desafios para o retorno às aulas**. 2021. Entrevista à Revista Brasil. disponível em : <https://radios.ebc.com.br/revista-brasil/2021/08/quais-os-impactos-da-pandemia-na-educacao-e-desafios-para-o-retorno-aulas>.

ENGELS, Friedrich. **Quota-Parte do trabalho de hominização de macaco**. In: Marx/Engels: Obras Escolhidas. Lisboa Moscovo, 1985, p. 71-83.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo, Paz e Terra, 2011.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**; Tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

LUFT, Lya. **Pensar é transgredir**. 11. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2005.

MÉSZAROS, István. **A educação para além do capital; Tradução Isa Tavares**. 2. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**; Tradução Eloá Jacobina. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MOSÉ, Viviane. **A escola e os desafios contemporâneos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

RIOS, Terezinha Azerêdo. **Compreender e ensinar: por uma docência da melhor qualidade**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

OS MECANISMOS DE INDUÇÃO AO CUMPRIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL À LUZ DA TEORIA LIBERAL DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Data de aceite: 01/11/2021

Data de submissão: 06/08/2021

Fernando Lopes Ferraz Elias

UEMG (Universidade do Estado de Minas Gerais), Departamento de Direito Passos/MG

UNIFAL (Universidade Federal de Alfenas), Departamento de Administração Pública Varginha/MG

<http://lattes.cnpq.br/5712362016183027>

RESUMO: Na literatura, há uma carência de pesquisa acadêmica, teórica e empírica, sobre o cumprimento estatal das decisões dos regimes jurídicos internacionais. Especificamente, são poucos os trabalhos, a partir das teorias das relações internacionais, não obstante tratar-se de relevante tema de investigação. Entretanto, os mecanismos de indução ao cumprimento do direito internacional somente podem ser compreendidos em toda a sua plenitude mediante ferramentas metodológicas interdisciplinares, que combinem trabalhos empíricos com a revisão da literatura das teorias das relações internacionais, apesar das dificuldades de se estudar vários campos de pesquisa ao mesmo tempo. Diante disso, buscou-se analisar o fenômeno do cumprimento do direito internacional, a partir dos argumentos centrais do paradigma liberal das relações internacionais. Constatou-se que, para o liberalismo, não é possível entender de maneira separada as políticas que ocorrem dentro e fora de um Estado democrático, assim,

instituições, grupos e práticas sociais nacionais e transnacionais influenciam-se reciprocamente e produzem consideráveis desdobramentos para a cooperação internacional, com destaque para o cumprimento do direito internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional; Mecanismos de Indução ao Cumprimento do Direito Internacional; Relações Internacionais; Teorias das Relações Internacionais; Liberalismo.

INTERNATIONAL LEGAL COMPLIANCE BASED ON LIBERAL PARADIGM OF INTERNATIONAL RELATIONS

ABSTRACT: In the literature, there is a lack of academic, theoretical and empirical research on the state's compliance with the decisions of international legal regimes. Specifically, there is little work, based on international relations theories, despite be a relevant research topic. However, international legal compliance can only be fully understood through interdisciplinary methodological tools, combining empirical work with the literature review of international relations theories, despite the difficulties of the study of the several fields of research at the same time. Thus, the aim was to analyze the phenomenon of international legal compliance, based on the central arguments of liberal paradigm of international relations. It was noted that, liberalism don't understand separately the policies that occur inside and outside of a democratic State, so, institutions, groups and national and transnational social practices influence each other and produce considerable developments for international cooperation, with emphasis on international legal compliance.

KEYWORDS: International Law; International Legal Compliance; International Relations; International Relations Theories; Liberalism.

1 | INTRODUÇÃO

A exemplo dos institucionalistas, os liberais também partem da ideia de ação racional dos Estados de acordo com as suas preferências, contudo, preocupam-se em identificá-las, a partir dos interesses dos atores políticos — instituições, grupos e práticas sociais — nacionais e transnacionais, que, a seu turno, também são modificadas por essas novas preferências estatais, consoante um entrelaçamento de interesses mútuos e recíprocos representados e expressos mediante atos administrativos, normativos e judiciais de Estados liberais, em um verdadeiro “jogo de dois níveis”, que estabelece um novo equilíbrio.

Para o liberalismo, os Estados não são atores unitários e, portanto, os liberais “entram na bola de bilhar” ou “abrem a caixa preta” (da soberania) do Estado, a fim de explicar como as preferências estatais são formadas. Desse modo, além dos fatores materiais, o cumprimento do direito internacional deve ser entendido no complexo ambiente de interações nacionais e transnacionais estabelecidas entre diversos entes.

2 | O DIREITO INTERNACIONAL NA TEORIA LIBERAL DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Muitos dos pressupostos do modelo da escolha racional expressos em termos do dilema dos prisioneiros e da teoria dos jogos não explicam as relações internacionais, ou as explicam de uma maneira extremamente simplista, considerando o impacto das decisões unilaterais dos atores mais poderosos, na qualidade de reguladores, e as escolhas dos atores menos poderosos, na condição de regulados (BURLEY, 1993, p. 225; GUZMAN, 2008, p. 17; KINGSBURY, 1998, p. 365; HAAS, 1997, p. 28).

Desse modo, embora racionalista em sua metodologia, uma corrente acadêmica, denominada de institucionalismo liberal, situada em um campo comum entre as teorias orientadas pelo poder e as teorias orientadas pelo direito, surge como um paradigma positivista, não como a retomada do idealismo wilsoniano, e pretende suprir as deficiências do racionalismo¹ e entender como as preferências estatais são formadas e expressas, isto é, “entrar na bola de bilhar”,² a fim de explicar a criação e o cumprimento do direito internacional (KINGSBURY, 1998, p. 356; HATHAWAY, 2005, p. 483 - 484; DUNOFF; TRACHTMAN, 1999, p. 20; SLAUGHTER; TULUMELLO; WOOD, 1998, p. 373).

1 A teoria econômica propugna que os agentes racionais sempre buscarão maximizar os seus interesses, contudo, não determina quais são esses interesses (HASTREITER, 2015, p. 269). Especificamente, a teoria da escolha racional não se preocupa com a maneira pela qual os Estados identificam (tampouco o próprio conteúdo dos) seus interesses (GUZMAN, 2002, p. 1841).

2 Na clássica metáfora dos pressupostos realistas, cunhada por Arnold Wolfers, no livro “Discord and collaboration: essays on international politics”, de 1962, os Estados são os únicos atores internacionais e interagem uns com os outros no sistema internacional como bolas numa mesa de bilhar, isto é, unidades colidindo umas contra as outras.

Os institucionalistas liberais rejeitam a suposição de que os Estados são atores unitários e racionais, o que não significa que sejam desimportantes, apenas que representam as preferências individuais e dos grupos de interesse dentro de cada Estado (GUZMAN, 2002, p. 1838 - 1839; KELLY, 2001, p. 683).

Consoante um estudo sobre o cumprimento norte-americano de decisões adversas da OMC, para a compreensão das causas da conformidade, não se deve considerar o Estado como um único ator, senão destacar os interesses dos atores envolvidos no processo político interno (CHILTON; BREWSTER, 2014, p. 203 e 236).

Ademais, analisa o comportamento do Estado em função da formação e a mobilização das preferências impostas pela sociedade civil transnacional.³ Alguns estudos mais radicais chegam a substituir o Estado pela sociedade civil transnacional, pois um ator único e racional não consegue representar tão diferentes interesses (KINGSBURY, 1998, p. 356 e 371; BURLEY, 1993, p. 207).

Portanto, os institucionalistas liberais abrem a “caixa preta” da soberania estatal e identificam que a base dos interesses dos Estados determinantes das suas preferências é social, e não sistêmica, ou seja, as relações entre os Estados e a sociedade civil nacional e transnacional, não as interações dos Estados entre si (BURLEY, 1993, p. 227).

É mais complexo o trabalho de determinar previamente os interesses subtraídos de relações transnacionais entre múltiplos atores com diferentes preferências. O institucionalismo liberal ressalta a importância da atuação independente das Organizações Não-Governamentais (ONGs) nos fóruns internacionais para a compreensão, análise e gradual construção por entes públicos e privados do direito transnacional, que regulamenta as interações individuais e coletivas na sociedade transnacional e molda as ações dos Estados (KATZENSTEIN; KEOHANE; KRASNER, 1998, p. 659; ABBOTT, 2004, p. 137; ABBOTT, 2005, p. 14; BURLEY, 1993, p. 230, 232, 236 e 239).

Destarte, o cumprimento normativo deve ser entendido consoante um direito transnacional feito por e para grupos transfronteiriços emaranhados em uma rede de interações transnacionais,⁴ independentemente do Estado e do modelo tradicional de criação, implementação e adjudicação de normas nacionais e internacionais (KINGSBURY, 1998, p. 357).

Em síntese, o realismo e o institucionalismo racionalista não possuem uma teoria dedicada ao papel do direito na regulamentação das relações transnacionais. Para fins analíticos e em virtude dos (des) incentivos impostos pelo sistema internacional, consideram como se fosse idêntico o papel da sociedade em Estados com diferentes

3 O sentido literal de “internacional” significa “entre Estados”, enquanto “transnacional” quer dizer “por meio dos Estados” e, portanto, engloba um maior universo de atividades e interações. O direito internacional refere-se apenas às normas que regulam as interações entre os Estados, ao passo que o direito transnacional inclui quaisquer normas com efeitos transfronteiriços (HATHAWAY, 2005, p. 473, nota 11).

4 O verdadeiro ator não é nem o Estado, nem o governo, senão, burocracias mais enraizadas, quais sejam, as redes transnacionais, que possuem maior durabilidade do que as redes internacionais, compostas de governos transitórios (NORMAN; TRACHTMAN, 2008, p. 147).

regimes domésticos, de acordo com o modelo da “bola de bilhar” (BURLEY, 1993, p. 225 - 226).

Considerar a ocorrência de relações transnacionais patrocinadas por atores não estatais e o papel desempenhado por eles nas relações internacionais, bem como a existência de diferentes regimes políticos nacionais, conferiu, por um lado, mais densidade jurídica às pesquisas em direito internacional, porém, por outro, retratou um ambiente internacional de profunda complexidade, impossível de ser compreendido fora das estruturas teóricas liberais.

Com raízes no individualismo metodológico, para a teoria liberal, as preferências estatais não são presumidas, tampouco determinadas por fatores materiais, senão por estruturas políticas e normativas domésticas, construídas a partir dos interesses e/ou valores dos atores não estatais — indivíduos e os grupos privados (empresas multinacionais, organizações não governamentais).⁵

Não significa que todas as preferências individuais e coletivas serão atendidas, porém, que a sua expressão será permitida por meio de mecanismos políticos e influenciará os comportamentos dos Estados, conseqüentemente, as suas ações internacionais, caso haja benefícios suficientes para isso (TRACHTMAN, 2013, p. 42 - 43).

Conforme a doutrina liberal, a definição das preferências estatais e, por consequência, a escolha por cumprir uma norma internacional, é mais complexa e fluida do que os realistas e os institucionalistas imaginam, por ser forjada por um conjunto de fatores domésticos, a partir das pressões de coalizões dominantes internas (ABBOTT; SNIDAL, 2000, p. 451; ABBOTT, 2004, p. 136; ABBOTT, 2005, p. 14 e 16, nota 44; HAAS, 1997, p. 27 - 28; RIBEIRO; CAIADO, 2015, p. 251)

Desse modo, diferentemente da afirmação realista e institucionalista de que os interesses estatais no sistema internacional limitam-se à busca pela maximização do poder ou ao cálculo estratégico de um ator unitário, a teoria liberal entende que os atores domésticos — instituições políticas, práticas sociais e grupos de interesse — são motivados pelos próprios interesses e quanto maior a mobilização, maior a probabilidade de um Estado fazer concessões a essa reivindicação, o que torna os valores da arena internacional representações das preferências nacionais de cada Estado expressas em atos normativos, políticos, judiciais e administrativos; ou por meio de organizações sociais e de instituições religiosas (HATHAWAY, 2005, p. 484 - 485; BURLEY, 1993, p. 228; KELLY, 2001, p. 681 - 683).

Dessa maneira, os arranjos institucionais internos (distribuição de poder, das preferências e das coalizões internas), são determinantes para o resultado das negociações e do cumprimento das normas internacionais, que, a seu turno, transformam os termos das políticas internas, viabilizando objetivos domésticos que de outra maneira não seriam

⁵ O foco em entidades subnacionais leva ao estudo de instituições como cortes, legislativos e agências administrativas (GUZMAN, 2002, p. 1838).

alcançados (PUTNAM, 1988, p. 434, 437 - 442, 447 - 448, 454 e 457; ABBOTT, 2004, p. 137).

Destarte, é conveniente aos Estados a criação e o cumprimento do direito internacional quando não é possível a concretização de benefícios domésticos — coletivos e de longo prazo —, devido à pressão de interesses nacionais — particulares, imediatos ou polarizados politicamente —; ou à incapacidade administrativa ou técnica das instituições nacionais — falta de autoridades competentes, recursos humanos e financeiros adequados e acesso a informações (SIMMONS, 1998, p. 82 - 83).

Portanto, a partir de relações políticas transnacionais, a adesão e o cumprimento do direito internacional tornam-se uma ferramenta útil para os Estados atenderem as demandas domésticas em importantes áreas e que não seriam atendidas por meio de políticas públicas internas (TRACHTMAN, 2013, p. 02, 61 e 65).

Isso explica por que muitos acadêmicos passaram a analisar como os incentivos produzidos pelo direito e pelas instituições internacionais promovem mudanças no comportamento dos Estados a partir da mobilização de grupos de pressão nacionais — ONGs, igrejas e elites (HAFNER-BURTON; VICTOR; LUPU, 2012, p. 92).

Diante disso, as pesquisas de alguns estudiosos consideram a influência recíproca entre os fatores nacionais e os internacionais e entendem entrelaçadas as negociações internas e externas, em áreas de interesse e a partir de concessões mútuas, conforme a ideia de um “jogo de dois níveis”, ou seja, as movimentações de um jogador em um tabuleiro desencadeiam realinhamentos no outro. Em resumo, as pressões internacionais “reverberam” na política doméstica, modificam o seu equilíbrio que, por sua vez, alteram as negociações internacionais (PUTNAM, 1988 p. 430, 433 - 434, 446, 454 e 460).

Destarte, é necessário examinar a cooperação internacional, a partir da ligação transnacional entre *lobbies* domésticos. O cumprimento do direito internacional depende de relações políticas transnacionais eficientes, cujos resultados sejam superiores àqueles do equilíbrio doméstico, portanto, capazes de modificar as coalizões internas e as políticas públicas nacionais (TRACHTMAN, 2013, p. 44, 46 e 64).

Para o liberalismo, os Estados não reagem da mesma forma ao sistema internacional. A reciprocidade entre as preferências nacionais e internacionais reflete-se na compatibilidade entre as normas produzidas dentro e fora dos Estados. Portanto, a política internacional e a política interna não podem ser compreendidas separadamente (KELLY, 2001, p. 685; KATZENSTEIN; KEOHANE; KRASNER, 1998, p. 670).

Embora a lógica causal varie entre os estudos que examinaram essa questão, nas democracias e particularmente em relação aos acordos ambientais e de direitos humanos, a liberdade de atuação das ONGs e a periodicidade de eleições tornam os custos políticos internos da não-conformidade nacional aos compromissos internacionais suficientes para dissuadir os governos da violação das normas internacionais (HAFNER-BURTON; VICTOR; LUPU, 2012, p. 71; SIMMONS, 1998, p. 84 - 85).

Com base no reconhecimento de uma unidade de interesses mútuos e recíprocos, ao contrário de zonas exclusivas de poder, as prerrogativas políticas, econômicas e jurídicas dos Estados liberais⁶ permitem uma ação independente de indivíduos e grupos das sociedades civis nacionais e transnacional e possuem os mecanismos necessários para assegurar a representação de seus interesses. Destarte, se o primeiro passo da doutrina liberal é identificar esses interesses, o próximo e fundamental passo é como são representados, não só internamente, mas também internacionalmente,⁷ o que depende se o Estado é ditatorial, oligárquico ou democrático.

Para os liberais, as variações de governança, normas e as instituições domésticas explicam as diferenças de comportamento estatal no plano internacional, por isso, os Estados democráticos, comprometidos com o “primado do direito” interno, também o serão com o direito internacional (ABBOTT, 2004, p. 136; ABBOTT, 2005, p. 14; JEPPEPERSON; WENDT; KATZENSTEIN In: KATZENSTEIN, 1996. p. 39).

Portanto, à luz desse pensamento, os regimes internacionais de que participam os Estados liberais são mais efetivos, pois quanto mais acostumados os Estados estejam com as imposições normativas por parte de judiciários independentes, maior a probabilidade de cumprimento das normas internacionais e de aceitação da adjudicação internacional (BURLEY, 1993, p. 207, 228 - 230, 233 e 237 - 239; RAUSTIALA; SLAUGHTER In: CARLNAES; RISSE; SIMMONS, 2002. p. 547 e 554, nota 20; SIMMONS, 1998, p. 83 - 84).

Contudo, ao fazer a apologia da representação dos interesses dos grupos domésticos mediante a constituição de Estados liberais e democráticos, a teoria liberal trilha caminhos tortuosos, pois não consegue demonstrar, em termos práticos, melhores índices de cumprimento do direito internacional por parte desses Estados.

A teoria liberal ressalta a importância do direito constitucional e de uma constituição para a representação dos interesses da sociedade civil e para a limitação das ações estatais internas e internacionais (BURLEY, 1993, p. 228 - 229. 1993).

Nesse diapasão, a estrutura de um sistema político doméstico impacta as decisões de conformidade dos Estados. Uma análise empírica sobre o cumprimento de decisões adversas da OMC pelos EUA demonstra que é mais elevada e mais rápida a conformidade quanto mais dependa da função executiva de um Estado, porquanto o cotidiano das relações internacionais atinge menos o legislativo (CHILTON; BREWSTER, 2014, p. 203, 231 e 236 - 239).

E, ainda, outra linha de investigação liberal explica a relação entre o direito interno e o direito internacional, especificamente, o cumprimento das obrigações internacionais,

6 Há diferenças teóricas entre “Estados liberais” e “democracias”. A definição de um Estado liberal compreende as proteções constitucionais e os direitos de propriedade privada, além da autodeterminação. No entanto, na prática, não há democracia genuína que não vise a essas características (BURLEY, 1993, p. 236, nota 146). Nessa esteira, as verdadeiras democracias assumem a forma de Estados liberais, porquanto as democracias diretas e sem mecanismos jurídicos e institucionais, invariavelmente, convolam-se em ditaduras (POSNER, 2011, p. 112).

7 O pensamento liberal deita raízes na ideia de Kant de que as democracias não entram em guerra umas com as outras, sugerindo que respeitam mais o direito internacional (HALLING, 2009, p. 259).

a partir da existência e adequado funcionamento dos sistemas judiciários de cada Estado (BURLEY, 1993, p. 229, nota 116 e 236; HAFNER-BURTON; VICTOR; LUPU, 2012, p. 71).

Em última palavra, lembra-se que, não obstante a força dos argumentos liberais, a partir de outros ângulos, vozes dissonantes, racionalistas (realistas e institucionalistas) e não racionalistas (construtivistas), ecoaram antigas e novas demandas da sociedade internacional.

3 | CONCLUSÃO

Para o liberalismo, orientado pelo direito e identificado pelos argumentos normativos explicativos da cooperação internacional, a base das preferências estatais é social, e não sistêmica, especificamente, o poder de pressão de um grupo de interesse nacional ou transnacional determina o quanto um Estado está disposto a ceder em uma negociação internacional ou a suportar os custos de uma decisão adversa de um tribunal internacional. Ademais, a reciprocidade entre os interesses domésticos e internacionais impacta, de maneira mais efetiva, os custos políticos internos da não conformidade dos Estados liberais, marcados pela presença de instituições democráticas, caracterizadas, principalmente, pela existência de direitos fundamentais, pelo acesso aos tribunais e pelo respeito ao primado do direito.

Nessa medida, o liberalismo distingue-se do mero “idealismo wilsoniano”, pois se esforça, num primeiro momento, em identificar as preferências estatais, e num segundo momento, em entender como são representadas, interna e internacionalmente. Dessa forma, as políticas interna e internacional não podem ser compreendidas separadamente. A natureza democrática dos Estados e os *lobbies* nacionais e transnacionais determinam diretamente a cooperação internacional, a partir da ideia de que o primado do direito interno é a melhor garantia do “império da lei” internacional.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Kenneth W. International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 36, p. 127 - 158. 2004.

_____. Toward a richer institutionalism for international law and policy. **Journal of International Law and International Relations**, v. 1, n.1 -2, p. 09 - 34. 2005.

_____; SNIDAL, Duncan. Hard and soft law in international governance. **International Organization**, v. 54, p. 421 - 456. 2000.

BURLEY, Anne-Marie Slaughter. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v. 87, n. 2, p. 205 - 239. 1993.

CHILTON, Adam S.; BREWSTER, Rachel. Supplying compliance: why and when the US complies with WTO rulings. **Yale Journal of International Law**, v. 39, p. 201 - 246. 2014.

DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. Economic analysis of international law. **Yale Journal of International Law**, v. 24, n. 1, p. 01 - 60. 1999.

GUZMAN, Andrew T. A compliance-based theory of international law. **California Law Review**, v. 90, p. 1823 - 1887. 2002.

_____. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008. 260 p.

HAAS, Peter M. Why comply, or some hypotheses in search of an analyst. **Studies in Transnational Legal Policy**, v. 29, p. 21 - 48. 1997.

HAFNER-BURTON, Emilie M.; VICTOR, David G.; LUPU, Yonatan. Political science research on international law: the state of the field. **The American Journal of International Law**, v. 106, p. 47 - 97. 2012.

HALLING, Matt. A law of no gods, no masters: developing and defending a participatory legal system. **Hastings International and Comparative Law Review**, v. 32, n. 1, p. 237 - 270. 2009.

HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Análise econômica do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 262 - 282. 2015.

HATHAWAY, Oona A. Between power and principle: a political theory of international law. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, p. 469 - 536, jan. 2005.

JEPPEPERSON, Ronald L.; WENDT, Alexander; KATZENSTEIN, Peter J. Norms, identity, and culture in national security. In: KATZENSTEIN, Peter J. (Coord.) **The culture of national security**. New York: Columbia University Press, 1996. p. 33 - 75.

KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen D. International organization and the study of world politics. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 645 - 685. 1998.

KELLY, Claire R. The value vacuum: self-enforcing regimes and the dilution of the normative. **Michigan Journal of International Law**, v. 22, p. 673 - 734. 2001.

KINGSBURY, Benedict. The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law. **Michigan Journal of International Law**, v. 19, p. 345 - 372. 1998.

NORMAN, George; TRACHTMAN, Joel. Measuring the shadow of the future: an introduction to the game theory of customary international law. **University of Illinois Law Review**, v. 2008, n. 1, p. 127 - 154. 2008.

POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PUTNAM, Robert D. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. **International Organization**, v. 42, n. 03, p. 427 - 460. 1988.

RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Orgs.). **The handbook of international relations**. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 538 - 558.

RIBEIRO, Gustavo Ferreira; CAIADO, Jose Guilherme Moreno. Por que uma análise econômica do direito internacional público? desafios e perspectivas do método no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 245 - 261. 2015.

SIMMONS, Beth A. Compliance with international agreements. **Annual Reviews of Political Science**, v. 1, p. 75 - 93. 1998.

SLAUGHTER, Anne-Marie; TULUMELLO, Andrew S.; WOOD, Stepan. International law and international relations theory: a new generation of interdisciplinary scholarship. **American Journal of International Law**, v. 92, n. 3, p. 367 - 397. 1998.

TRACHTMAN, Joel P. **The future of international law: global government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. 167 p.

Data de aceite: 01/11/2021

Data de submissão: 05/09/2021

Martha Patricia Borquez Domínguez

Universidad Autónoma de Baja California,
Facultad de Derecho, Tijuana
ORCID 0000-0001-5082-4591

RESUMEN: Las reformas Constitucionales que se han realizado en México en los últimos años en materia de proceso en las diversas disciplinas del derecho como lo son el área penal; nos han presentado avances significativos al debido proceso en el país mexicano; pero el legislador nacional, ha logrado avanzar aún más ya que también ha incluido a la parte del derecho privado y muy en especial a los procedimientos mercantiles; ya que estos se convierten en orales como medio para hacer más rápido y certero el desarrollo de la impartición de justicia, el sustento lo tenemos en las Reforma del Código de Comercio en donde se presenta un Título Especial denominado del “Juicio Oral Mercantil” de fecha 27 de enero de 2011. La reforma atiende la necesidad del país por contar con procesos más rápidos y accesibles a todos, pero sobretudo con transparencia; ya que se ha cuestionado en diversas ocasiones el proceder de las autoridades jurisdiccionales.

PALABRAS CLAVE: Juicio, Oral, Mercantil, Constitución, Códigos.

DUE PROCESS IN COMMERCIAL PROCEEDINGS

ABSTRACT: The Constitutional reforms that have been carried out in Mexico in recent years in matters of process in the various disciplines of law such as the penal area; They have presented us with significant progress on due process in the Mexican country; But the national legislator has managed to advance even more since it has also included the part of private law and very especially commercial procedures; Since these become oral as a means to make the development of the administration of justice faster and more accurate, we have the support in the Reform of the Commercial Code where a Special Title called the “Commercial Oral Trial” of date is presented January 27, 2011. The reform addresses the country’s need for faster and more accessible processes, but above all with transparency; since the procedure of the jurisdictional authorities has been questioned on several occasions.

KEYWORDS: Judgment, Oral, Commercial, Constitution, Codes.

INTRODUCCIÓN

La reforma pretende elevar la calidad de la seguridad en todo el país, implementando controles al personal, depurando a los malos elementos y aplicando sanciones ejemplares a quienes se unan a la delincuencia; lo que implica una plena coordinación entre autoridades federales, estatales y municipales, creación de bases de datos, o sea una mayor

profesionalización de todo el personal.

El desarrollo en México, en sus sectores políticos, económicos y judiciales; nos permiten comentar en este trabajo el nuevo sistema oral de justicia mercantil que se presenta con la reforma al Código de Comercio y que es propio de un sistema social y político de democracia y libertad, revestidos de los principios que se marcan en el artículo 1390 Bis 2 del mismo ordenamiento y los cuales mencionamos en seguida; la oralidad, inmediatez, publicidad, igualdad, intermediación, contradicción, continuidad y concentración son considerados los principios rectores del procedimiento mercantil, estos puntos serán parte de los comentarios que se atenderán en la investigación de este trabajo, y su impacto de la reforma.

Como ya se comentó al inicio del presente las reformas en México, tiene como finalidad contar con procesos más rápidos, transparentes y de credibilidad en el sistema de justicia mexicano, sin embargo esta reforma también ha sufrido algunos percances para su aplicación, fueron los casos de solicitud al Poder Judicial de la Federación, de extender el término hasta el año 2013 para que se diera su aplicación, causando un descontento en la comunidad jurídica, ya que los procedimientos convencionales están revestidos por lentitud es base a estos datos consideramos importante también comentar esta problemática.

Es el analizar la procedencia del juicio oral mercantil en relación a las Reformas sufridas al Código de Comercio, sus consecuencias jurídicas así como su eficacia, a fin de contribuir con el mejoramiento de nuestro sistema jurídico; precisamos el trabajo tomando en cuenta los siguientes momentos: analizar para los efectos de esta investigación la vinculación Constitucional Mexicana y las reformas en materia de oralidad.; estudiar el juicio oral en relación a la reforma Constitucional, conocer las consecuencias jurídico-social que se pudieran presentar en la aplicación de los juicios orales mercantiles.

CONTENIDO

Nuestra materia de derecho procesal mercantil, tiene sus orígenes en Europa, específicamente en la edad media, gracias a un grupo de personas que se dedicaban al intercambio y cansados de no ser reconocidos en su actividad, se agruparon y constituyeron los gremios, con la finalidad de protegerse de las injusticias de los tiempos en relación a su actividad, de igual como consecuencia de esta agrupación nacieron los tribunales mercantiles a los que llamaron Consulados y como indica Zamora (1991, p. 1), sirvieron de instrumento para transformar las costumbres de los comerciantes en el actual Derecho Mercantil. Obra de espíritus prácticos, el proceso mercantil se caracterizó por su brevedad, y muchos de sus logros fueron indudablemente modelo para la evolución del proceso civil.

Los tribunales de la edad media, en algunos momentos considerados de una élite distinguida por su actividad basada en el intercambio, en otros por la gran influencia de la presencia de los primeros pensadores en proceso mercantil, como por ejemplo Colbert y

el primer código en la materia conocido con el nombre de Código del Mar; y la creación de la universidad de los mercaderes; fueron aportaciones que hoy por hoy, se consideran la historia de la materia; pero también debemos recordar que diversos acontecimientos sociales y políticos sufridos en el continente europeo; evoluciona nuestra materia y a principios del siglo XIX, se dicta el Código de Comercio de Napoleón, con una tendencia de tipo objetiva, donde se establecía, que no importaba si se pertenecía a los gremios o bien de forma ocasional se realizaba el acto de comercio.

Debemos considerar que la evolución del intercambio, fue tan positiva, tal vez el hecho de la presencia de las ferias o bien la necesidad de sobrevivencia o tal vez que el intercambio fue teniendo un éxito desmesurado para los tiempos; y es posible que todos estos factores terminaran con los Consulados, ya que no eran considerados estudiosos de la ley, por lo tanto algunas sociedades europeas como ejemplo Italia, consideraron al proceso mercantil, como parte del derecho civil y lo fusionaron con él, ya que se consideró que parte de toda la sociedad.

Inicialmente en los creadores del Código de Comercio Mexicano de 1889, tomaron como base al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, hoy Ciudad de México, los juristas de ese momento consideraron prudente tal aplicación al Código de Comercio, ya que la idea era conserva su forma especial, como en los tribunales de la edad media, sin embargo, esto no se presentó y qué si bien es cierto la aplicación de la justicia en los Consulados, lo era de una forma verbal y el legislador del Código de 1889, establece una forma de procedimiento escrito., otra situación presente en los tribunales del medioevo, era que los cónsules es decir el equivalente al juez en la actualidad, se apoyaba de todos los medios posibles para buscar la verdad, a diferencia de lo establecido en el Código de 1889, que se encontraba lleno de formalismos.

De acuerdo a los antecedentes antes mencionados, pareciera que los juristas, aceptaron que el Código de Comercio, fuera un Código de Procedimientos Civiles; tan es así que en el año de 1989, nuestro Código, está celebrando su centenario; y no fue hasta la década de los noventas que se escuchaban comentarios de la posible reforma del Código de Comercio, por la relación económica de México, Canadá y Estados Unidos de Norteamérica, por la firma del Tratado de Libre Comercio.

Tal vez, este Tratado, vino a poner en primer plano al Derecho Mercantil, ya que de otra manera todo indicaba a que tendríamos unificación total al procedimiento civil; recordamos aquellas pugnas entre mercantilistas destacados y menciono muy en particular a los Maestros Cervantes, defensor de la especialización del Derecho Mercantil, y por otra parte Vivante, que apoyaba la unificación del Derecho Mercantil; que nos permitieron en su momento analizar tales posibilidades de la materia, en la actualidad, todo esto se encuentra en un plano globalizado y sobre todo estas pugnas de la doctrina, ya tienen una respuesta, gracias a las reformas que los últimos años ha tenido el Derecho Mercantil y que podríamos decir es una de las áreas del derecho con más actualización en materia de

procedimiento.

El viaje de reforma al Código de Comercio, no ha sido rápido, ni mucho menos inmediato, se ha logrado a través de diversas etapas y se han manifestado por atender diversas figuras de la materia que en su momento tendría por tarea atender los problemas del momento; como lo fue la situación de los créditos en México y que tienen relación con la reforma al Código de Comercio y al de Procedimientos Civiles del 24 de mayo de 1996; y nos apoyamos en Quintanilla (1997, p. XXVI), lo cierto es que tanto los jueces como los abogados tendrán que saber aplicar serenamente al caso concreto, de acuerdo con este oscuro transitorio, cuatro ordenamientos distintos, es decir, si el crédito se contrajo antes de la entrada en vigor del Decreto, se deberá aplicar el viejo procedimiento mercantil en tratándose de actos de comercio, y si se tratare de la materia civil, también tendrá que aplicarse la misma regla, puesto que si el crédito se contrató antes de la entrada en vigor de las nuevas reformas, se estará al viejo Código de Procedimientos Civiles, y si fue contratado posteriormente, a la nueva reforma.

Esta reforma, atendió los problemas de la banca, por todos los créditos no cubiertos, que afectaban grandiosamente la economía mexicana; de igual forma en esta misma reforma se atendieron y de acuerdo a Chavero (1998, p. XI), las modificaciones a preceptos básicos (algunos de los cuales tenían problemas de interpretación) implican variaciones sustanciales acordes a los criterios apuntados. Así, de manera expresa ya no tiene efectos suspensivos los siguientes actos del procedimiento: las incompetencias, las recusaciones, las excepciones procesales y se limita el efecto suspensivo de los recursos de apelación.

Como precedente de impacto en el sistema de aplicación de justicia en México, lo fue la reforma de 18 de junio de 2008 a los que fueron sometidos diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que publicada en el Diario Oficial de la Federación, en lo cual se presentan los juicios orales, esto únicamente en materia penal, ya con posterioridad en 2009 reformas en materia civil en relación al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México y el 27 de enero de 2011 se incluyen los juicios orales en materia mercantil y como consecuencia se adicionan apartados al Código de Comercio.

De acuerdo a Ayala (2017, p. XVIII), la implantación de los juicios orales, en particular en materia mercantil, han venido a cumplir con el mandato constitucional en cuanto a la máxima jurídica que enuncia que la justicia debe ser pronta, expedita y gratuita. A partir del 27 de enero de 2011, se publica en el Diario Oficial de la Federación, el decreto por medio del cual se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código de Comercio, dentro de las cuales destaca la adición de un capítulo dedicado al juicio oral mercantil, con lo que se busca poner a nuestro país a la vanguardia de impartición de justicia, siguiendo así la tendencia global que impera en otros Estados.

Es menester mencionar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8 Denominado de las Garantías Judiciales, establece: 1. Toda persona tiene

derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Nos menciona, Rodríguez (1998, p. 328), El derecho al debido proceso busca confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso, entendido éste como y de acuerdo a Arazi, aquella actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo con reglas preestablecidas, cuyo resultado será el dictado de la norma individual de conducta (sentencia), con la finalidad de declarar el derecho material aplicable al caso concreto (Rodríguez, 1998 p. 328).

Estos señalamientos, que atienden al debido proceso, consideramos fueron valoradas por el legislador mexicano, al atender la necesidad de una justicia pronta y expedita en los tribunales del proceso mercantil, tal era esta necesidad que se adiciono, como ya lo habíamos mencionado en la parte introductoria de este breve trabajo, haciendo alusión al título especial del juicio oral mercantil, capítulo I, artículo 1390-bis en delante del Código Comercio mexicano; y aprovechamos muy en particular mencionar el artículo 1390-bis 2; en el cual se establecen los principios rectores del debido proceso en los juicios orales mercantiles, donde se observarán que se cumpla con el desarrollo de la oralidad, publicidad, igualdad, intermediación, contradicción, continuidad y concentración.

La reforma, que se presentó en los procesos mercantiles de 2011, vino a dar por terminado el formalismo de los juicios en la materia, utilizado en lenguaje coloquial muy utilizado por abogados litigantes, al expresarse en relación a los procesos y se decía en los pasillos “pura papelitis”; significando que otro escrito sería necesario presentar para continuar con el proceso y esperar su acuerdo por parte del juzgador; en pocas palabras lentitud total en el desahogo del proceso; a lo que Duce y Pérez Perdomo, establecen, los procedimientos judiciales suelen ser formalismos que a menudo se limitan a la lectura o la entrega de documentos preparados por las partes o por el juez (Carbonell y Ochoa, 2008, p. 118).

Recordamos, que los juicios mercantiles eran desarrollados como un proceso civil, es decir se utilizaban las etapas procesales del juicio civil, ya que como lo habíamos comentado, el Código de Comercio, no tuvo ninguno avance por cerca de cien años, y lo que teníamos realmente era un código mercantil de procedimientos civiles, y como consecuencia era todo por escrito y la única posibilidad de hablar, se realizaba en la etapa demostrativa del juicio, muy en particular en la audiencia de desahogo de pruebas y alegatos, la cual se concentraba en hacer los cuestionamientos a las partes y testigos en caso de tenerlos; y en presencia del Secretario de Acuerdos, y no se contaba con la presencia del Juzgador, el cual se enteraba del caso cuando se le entregaba el expediente, de forma escrita; Todo lo contrario a como lo presenta la reforma del año 2011.

Retomando los principios que establece el artículo 1390-bis2; la oralidad, permite el desarrollo del proceso de forma verbal, con ello se pretende que los abogados de las partes, las autoridades del juzgado, se expresen de una forma hablada, Galindo (2010, p. 7), nos comenta, en un juicio oral son más efectivos los argumentos emocionales que combinan imágenes visuales (icónicas) con expresiones lingüísticas (verbales), por ejemplo, para presentar la teoría del caso. Esto indica que debemos preparar a las nuevas generaciones con cursos de argumentación a fin de que puedan convencer, motivar y tratar de imponer su verdad en relación a la teoría que considera necesaria a su caso, la oportunidad de las partes de expresión pública es la mayor contribución a la integridad de su profesión, y en palabras de Aparicio (2018, p. 11), el principio de oralidad en materia oral mercantil, rompe con el paradigma del proceso judicial escrito, al convertirlo en un proceso comunicativo lingüístico de intercambio e interacción simbólica entre las partes y el juzgador durante el juicio.

Siguiente principio la publicidad; es la posibilidad de que el desarrollo del proceso, sea presenciado por un público, es decir pueden presenciarlo todo ciudadano del partido judicial correspondiente y no solo las partes que forma parte del caso, como anteriormente era acostumbrado; inmediación, significa a presencia del juez de una manera directa con las partes ya que él es el rector del debido proceso en el juicio oral mercantil; concentración, pretende que todas las cuestiones del litigio del caso sea resueltas, con la finalidad de que el caso se resuelva lo más rápido posible, este principio evita los formalismos del juicio tradicional ordinario.

La figura de la continuidad, significa, que el juicio no debe de suspenderse, se tiene que agotar en la fecha establecida, el juez, deberá de tomar todas las medidas necesarias para cumplir con este principio, ya que inclusive si fuere necesario realizar alguna diligencia fuera de sala de audiencia, se debe de suspender momentáneamente la audiencia, solo para que se trasladen las partes involucradas en el proceso para el desahogo de la diligencia, esto incluye al personal del juzgado, con los equipos correspondientes de respaldo y protección al debido proceso.

Y en lo que respecta al principio de igualdad, implica el trato a las partes por parte del juzgador de forma igualitaria, nadie en el juicio oral mercantil es superior de otro, bajo ninguna circunstancia. Contradicción; este principio, tiene como base que en un procedimiento de contienda litigiosa; poder negar, mediante la argumentación del abogado defensor de una de las partes, acciones que desea intentar algunos de los litigiosos en el caso, por ello es muy recomendable que el abogado, presente una preparación en argumentación oral.

Estos principios, son los que permiten una marcada diferencia con la forma que tradicionalmente se desarrollaban los procesos mercantiles tradicionales, también conocidos como ordinarios con la influencia de las etapas de los juicios de orden civil, a lo cual hoy con la reforma de 2011, los juicios orales mercantiles, ya presenta sus propias

etapas, gracias a la reforma.

Debemos seguir comentando que el procedimiento oral mercantil es un juicio mixto, ya que la demanda, contestación, reconvencción, contestación a la reconvencción son presentadas por escrito; la etapa de ofrecimiento de pruebas se integra en los escritos de demanda, reconvencción, contestación y desahogo de la vista con las excepciones. En forma oral deberá de llevarse a cabo la etapa intermedia que es oral y en ella se desahoga la audiencia preliminar, la audiencia de juicio y los incidentes y concluye de forma escrita con la sentencia y su ejecución. A su vez es importante hacer notar que es posible el conocimiento de acuerdo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 104, fracción II que sea la Federación y el Estado, es decir competencia de fuero común por lo tanto podemos agregar qué en materia mercantil, tenemos una jurisdicción concurrente.

Otro punto importante que se presenta en la reforma al proceso de oralidad mercantil es que en el código de comercio se establece en su artículo 1390 Bis 26 que el juez debe tomar las medidas conducentes para guardar por medios electrónicos la audiencia preliminar y de juicio, ya que como lo dice el mismo código el juzgador dará con este hecho fidelidad e integridad de la información presentada en el proceso.

En la reforma del procedimiento de juicio oral mercantil, en la etapa de audiencia preliminar, se presenta la posibilidad de conciliar a las partes de acuerdo al artículo 1390 bis 32, fracción II, que establece la conciliación y/o mediación por conducto del juez; otra de las figuras importantes que se hacen presentes, gracias a la reforma, y lo que indica, que les posible a las partes, llegar a un acuerdo, sin tener que agotar todo un proceso, que sin duda se evita, si las partes, así lo deciden.

También se considera trascendental, el contenido del artículo 1390 bis, segundo párrafo; contra las resoluciones pronunciadas en el juicio oral mercantil no procederá recurso ordinario alguno; de acuerdo a la reforma, significa que la sentencia dictada, queda firme y no se pueden inconformar las partes con el resultado de la decisión del Juez.

Estos comentarios realizados en relación a la reforma en materia de proceso mercantil, nos permiten decir que consideramos efectiva la postura legislativa y además ha sido recibida por los juristas con agrado, considerando que la reforma auxiliará en el rezago de expedientes de procesos mercantiles y por supuesto que los procedimientos serán rápidos, expeditos y se atenderán en juzgados especializados en la materia, ya que esta reforma la consideramos efectiva, porque con ella, también hoy por hoy, contamos con tribunales, autoridades y abogados, especializados en el debido proceso de juicio oral mercantil.

DESCRIPCIÓN DEL MÉTODO

En este trabajo utilizaremos en parte el método descriptivo ya que buscaremos

especificar los efectos del juicio oral mercantil, la investigación tiene su apoyo documental, con bibliografía de diferentes autores, así como de revistas jurídicas y leyes que nos auxiliarán a comentar las reformas de este tema que se mencionan.

También utilizaremos el método científico en el desarrollo de la presente investigación, el mismo que tiene tres partes principales; siendo la primera la observación, mediante la cual se recopiló la información teórica y empírica; la segunda etapa es la de análisis en la que se estudió minuciosamente la información recopilada a fin de abordar el conocimiento de la problemática en una forma integral tanto en el aspecto social, como jurídico del derecho.

Para finalizar la etapa de síntesis nos permitió concluir los aspectos más sobresalientes de este estudio de las reformas de oralidad en materia mercantil.

RECOMENDACIONES

- 1.- Que los gobiernos de los Estados, apoyen esta modernidad para el desarrollo de la reforma y no escatimen más tiempo y apoyo económico para la infraestructura de la nueva forma de aplicación del desahogo del procedimiento judicial.
- 2.- Qué en todas las Universidades del País formativas en la Licenciatura en Derecho, se practiquen el desarrollo de procedimientos de una manera oral y se preparen a las nuevas generaciones a la argumentación jurídica en esos términos.
- 3.- Consideramos como Maestra universitaria, la recomendación anterior de suma importancia, ya que nos preocupamos del conocimiento de esta reforma constitucional y les preguntamos a nuestros alumnos al respecto del tema, por medio de un cuestionario, y sus respuestas las representamos por medio de las siguientes gráficas.

Anexamos en este apartado estadística de encuesta aplicada en la Universidad Autónoma de Baja California a alumnos de sexto semestre en relación al conocimiento de reformas en materia de oralidad.



Gráfico No.1. Estadística de aplicación de encuestas de reforma en materia de oralidad.

Elaboración propia.

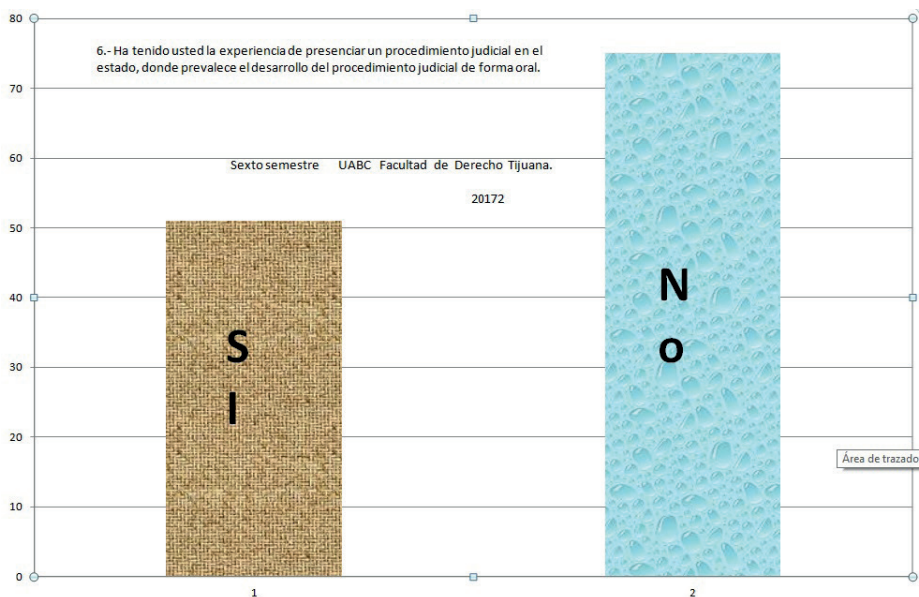


Gráfico 2. Estadística de aplicación de encuestas en relación a presenciar un procedimiento judicial en forma oral.

Elaboración propia.

CONCLUSIONES

1.- Por lo que respecta a esta reforma del procedimiento oral mercantil, por medio de esta investigación afirmamos que en Estados, que han adoptado su aplicación y ya se encuentran trabajando con este tipo de juicio: pudiendo mencionar a Colima, Baja California, han logrado la especialización de sus Juzgadores y personal a su cargo, Secretarios de Acuerdos, Secretarios Actuarios, a tratar solo asuntos de

orden mercantil.

2.- La especialización mencionada en el punto anterior, permite que funcionen plenamente los principios rectores que rigen el juicio oral mercantil.

3.- Se ha logrado como consecuencia de la reforma una infraestructura de orden moderno acorde a la globalización mundial.

4.- La preparación estudiantil, que como lo respaldamos por citar un ejemplo: en las encuestas aplicadas a estudiantes de la licenciatura en derecho y al tronco común de la licenciatura en contaduría y administración: de la Universidad Autónoma de Baja California, sus currículas se encuentran a la par de los avances legales que el legislador tuvo a bien reformar. Con ello se quiere decir que las futuras generaciones que se encuentran en formación, con planes de estudios modernos para afrontar su vida profesional.

REFERENCIAS

APARICIO GONZÁLEZ, Héctor Martiniano (2018). ¿Estás capacitado para los nuevos juicios orales?, El juicio ejecutivo mercantil oral. Ediciones Jurídicas Lopmon, México.

AYALA ESCORZA, María del Carmen (2017). Juicios Orales en materia mercantil. IURE Editores, México.

BLOG DE ALVAREZ, FRED. Consultado en agosto 25 2021. Internet <http://fredalvarez.blogspot.com/2011/09/exposicion-de-motivos-de-la-iniciativa.html>

CALVO MARROQUÍN, Octavio y PUENTE Y FLORES, Arturo (2009). Derecho Mercantil, Cuadragésimo octava edición. Editorial Limusa, México.

CÁMARA DE SENADORES DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN. Consultado 31 agosto 2021. Internet https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/3/2021-02-23-1/assets/documentos/Inic_PRI_Sen_Claudia_Anaya_art_16_17_19_20_21_73_CPEUM.pdf

CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique (2008). ¿Qué son y para qué sirven los juicios orales? Editorial Porrúa y Universidad Autónoma de México.

CODIGO DE COMERCIO. Consultado 24 agosto 2021. Internet <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-de-comercio/>

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Consultado 29 agosto 2021. Internet <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Consultado 31 agosto 2021. Internet <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>

CHAVERO MONTES, Rosalío (1998). Nuevo Proceso Mercantil, Comentarios, Legislación y Jurisprudencia. Cárdenas editor y distribuidor, México.

GALINDO SIFUENTES, Ernesto (2010). La valoración de la Prueba en los Juicios Orales. Flores Editor y distribuidor. México.

JURISDICTIO. Consultado 3 septiembre 2021. Internet <https://jurisdictio.com.mx/2021/05/08/scjn-no-procede-recurso-en-contra-de-sentencia-en-juicio-oral-mercantil/>

PONCE GÓMEZ, Francisco y PONCE CASTILLO Rodolfo (2009). Nociones de Derecho Mercantil, 7ª. Edición. Editorial Limusa. México.

PROGRAMA DE CAPACITACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL EN DERECHOS HUMANOS. Consultado 31 agosto 2021. Internet https://cdhcm.org.mx/serv_prof/pdf/asp_basicos.pdf

QUINTANILLA GARCÍA, Miguel Angel (1997). Procedimientos Mercantiles, 3era. Edición. Cárdenas editor y distribuidor. México.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Consultado 1ero. Septiembre 2021. Internet <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=b/EcoMjefuFeB6DOaNOimNPZPsNLFqe0s7fey1FqriebelblMn9GghkbHbZJR/8YCFNgq4qmWRZBiHT7YAx8w==>

ZAMORA PIERCE, Jesús (1991). Derecho Procesal Mercantil. Cárdenas editor y distribuidor. México.

APENDICE

Cuestionario utilizado en la investigación

1.-Se encuentra en conocimiento de las reformas constitucionales en relación a los procedimientos judiciales?

Sí _____ No _____

2.-Conoce en qué áreas será aplicado el procedimiento de oralidad en relación a los procedimientos?

Sí _____ No _____

EN CASO DE CONTESTAR AFIRMATIVAMENTE, FAVOR DE PASAR A LA SIGUIENTE PREGUNTA.

3.-Cuáles son las áreas que sabe Usted sufrieron reformas.

Civil _____ Penal _____ Mercantil _____ Otra _____

4.-Considera que es positivo reformar constantemente las leyes. Sí _____
No _____

5.-Sabía Usted que todos los juicios de orden mercantil se podrán ventilar oral y serán mucho más rápidos y sencillos. Sí _____ No _____

6.-Ha tenido Usted la experiencia de presenciar un procedimiento judicial en forma oral.

Sí _____ No _____

CAPÍTULO 18

CONTRATOS, CICLOS ECONÔMICOS, INSTITUIÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS E SUAS RESPONSABILIDADES CONTRATUAIS

Data de aceite: 01/11/2021

Ricardo Tannenbaum Nuñez

Mestre em Direito pela Universidade de Marília/
SP, pós-graduado em Processo Civil e Direito e
Processo do Trabalho
<http://lattes.cnpq.br/9588031999082797>

RESUMO: O presente trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo, apresenta uma reflexão sobre as relações econômicas veiculadas por contratos sua relação com os ciclos econômicos e a responsabilidade do Estado relativa a isso como ente regulador e fiscalizador. Nesse contexto, analisa-se o papel dos contratos e suas características intrínsecas como fator de garantia e confiabilidade da ordem econômica em cada fase do ciclo econômico. Concomitantemente, analisa-se papel das instituições públicas e privadas que se utilizam do poder econômico para promover o crescimento e desenvolvimento de um país e, por fim, o poder de império do Estado, responsável pela Ordem Pública de Direção e Proteção que visa a coibir os abusos do poder econômico.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos. Ciclos econômicos. Poder econômico. Ordem pública de direção. Ordem pública de proteção.

CONTRACTS, ECONOMICS CICLES, PRIVATE AND PUBLIC INSTITUTIONS AND THEIR CONTRACTUAL RESPONSABILITIES

ABSTRACT: This paper, through bibliographical research, by the deductive method, presents a reflection on the economic relations conveyed by contracts, their relationship with the economic cycles and the State's responsibility regarding this as a regulatory and supervisory entity. In this context, the role of contracts and their intrinsic characteristics as a guarantee and reliability factor of the economic order in each phase of the economic cycle are analyzed. Concomitantly, it analyzes the role of public and private institutions that use economic power to promote the growth and development of a country and, finally, the power of the State empire, responsible for the Public Order of Direction and Protection that aims to curb the abuses of economic power.

KEYWORDS: Contracts. Economic cycles. Economic power. Public order of direction. Public order of protection.

1 | INTRODUÇÃO

Um dos pressupostos essenciais do Estado Democrático de Direito é assegurar o exercício da democracia rompendo com o paradigma do estado liberal puro, centrado na proteção de unicamente de interesses individuais (FERREIRA, 2015, p. 353). Para isso afasta-se do Estado liberal puro vigente à época da primeira e segunda revoluções industriais no

final do Século XIX e início do Século XX. Naquele tempo não havia limitações legais à iniciativa privada. Por outro lado, deve afastar-se também do Estado grande baseado no “bem-estar” ou o *welfare state* a exemplo daquele vigente nos EUA, após a Segunda Guerra Mundial, com a implantação do *new deal*. Este, concebido para resgatar a economia norte americana da recessão seguida de estagnação no pós-guerra. Nesta época a forte presença estatal na economia foi determinante para sua recuperação.

Trata-se posicionamentos extremos de dois sistemas cujos resultados já se mostraram historicamente inadequados. Com isso, constatou-se que a iniciativa privada cujo campo de atuação é regulado por agências técnicas, sem a interferência direta de governos, parece a opção mais adequada ao desenvolvimento de um país democrático em que os interesses coletivos e difusos ganharam importância.

No Estado Democrático de Direito o incentivo ao capitalismo tem por meta o desenvolvimento do país, que, ao mesmo tempo, objetiva combater sua modalidade “selvagem” que apenas visa ao lucro pelo lucro. Os marcos regulatórios balizam o campo de atuação de cada setor econômico possibilitando liberdade de atuação no seu âmbito ao mesmo tempo que coíbe excessos que causem distorções na ordem econômica.

Os contratos em todas suas formas figuram nas relações humanas desde o nascimento das sociedades. Especialmente nas sociedades liberais o contrato está no centro do capitalismo. São a sua mola propulsora. Sem eles não haveria negócios; remuneração; lucro; desenvolvimento; crescimento, ou seja, estaríamos ainda na época do escambo.

A democracia, por suas características, não é um sistema estável. Ela passa por crises que ela própria tem a capacidade de resolver e isso reflete na economia que por sua vez passa por ciclos normalmente atrelados a essas crises.

O abuso do poder econômico, que é coibido por lei, representa prática nociva, implicando prejuízos concretos e objetivos ao mercado, ensejando a apuração da responsabilidade civil objetiva dos envolvidos em favor daqueles que tenham sofrido os danos.

Desta forma, baseado em pesquisa bibliográfica e método dedutivo, apresenta-se uma análise das funções dos contratos e seu papel na ordem econômica de um Estado Democrático de Direito.

2 | CONTRATOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Nas últimas décadas a expansão dos contratos não foi somente quantitativa, mas multifacetária em razão da crescente heterogeneidade das relações econômicas e dos avanços tecnológicos. Estes últimos demandaram agilidade que foi alcançada pela versão eletrônica dos contratos associada a criptográfica ponta a ponta que proporciona a segurança adequada.

As estruturas contratuais estão em constante mutação e os contratos mais utilizados passam por um processo de refinamento. Porém a coexistência de novas manifestações contratuais com os contratos clássicos nem sempre é pacífica (VENOSA, 2007, p. 03). Muitas vezes o hábito negocial por anos praticado impacta a migração para novas tecnologias, particularmente quando são disruptivas como será visto adiante.

Enzo Roppo afirmou que contrato do ponto de vista formal, é um conceito jurídico. Trata-se de uma construção da ciência jurídica elaborada com o fim de inserir um termo no mundo jurídico capaz de resumir de forma sintética uma série de princípios e regras que regem a relação complexas entre as partes (ROPPO, 2021, p. 7).

Muito antes desta roupagem jurídica desde os primórdios das sociedades humanas contratos já eram celebrados na prática. Um simples acordo verbal seguido de um aperto de mãos nada mais é que um contrato verbal, assinado, que, baseado na boa fé, é executado até alcançar seu objetivo prescindindo de qualquer regramento legal.

Entretanto, para que se adicionasse confiabilidade nesse instrumento que lhe proporcionasse segurança em diversos tipos de situação em que não fosse possível aferir tal requisito foi necessário estabelecer regras que dessem forma ao pacto e, ao mesmo tempo, não tolhesse a liberdade de contratar que é essencial à economia num estado liberal.

Os Estados democráticos modernos consagraram constituições alicerçadas pela ordem econômica. O negócio jurídico vem sendo tratado como fundamental a essa ordem em dimensão mundializada e estruturante na economia dos estados, de modo geral. O objetivo do negócio jurídico, com a contemplação do interesse individual e coletivo, passa a se basear no equilíbrio dos pactos e sua confiabilidade, limitando, quando necessário, a autonomia privada, tarefa das constituições que elegem a intervenção estatal mínima e a regulação do mercado como paradigmas para assegurar a estabilidade econômica e o crescimento do Estado (FERREIRA, 2015, p.354).

A primeira grande sistematização legislativa do direito dos contratos foi levada a cabo pelo código civil francês de Napoleão em 1804 (ROPPO, 2021, p.25). O contrato é o formalizador jurídico de uma operação econômica. Daí se conclui que onde não há operação econômica não há contratos. Ou seja, onde existe circulação de riqueza, com a atual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro, haverá contrato (ROPPO, 2021, p. 13).

Porém não se pode olvidar das modalidades informais de contratos. Essas não têm a proteção jurídica material mas opera a transferência de riquezas normalmente para valores pequenos relacionados a prestação de serviços, por exemplo. Ademais, há outras transferências de riqueza como o mecanismo de sucessão *mortis causa*, mecanismos de tributação etc. Assim, como afirma Enzo Roppo o conceito de contrato está indissoluvelmente ligado ao de operação econômica, enquanto o inverso não é necessariamente verdadeiro.

O Estado, em qualquer país, é o grande responsável pelas ações que visam a

promover o desenvolvimento e o bem-estar da população direta ou indiretamente. Para tal, é um grande contratador de produtos e serviços, e, em certas regiões não atraentes para iniciativa privada, é o responsável pelo maior montante de negócios realizados. Entretanto, existe a desproporção de poder neste caso que precisa ser regulado para preservar o equilíbrio entre as partes.

No Estado Democrático de Direito o negócio jurídico impende o equilíbrio entre liberdade de contratar, o que contratar, com quem contratar e como contratar. O paradigma contratual contemporâneo é definido pela confluência da boa-fé objetiva, função social do contrato, equilíbrio das materialidades e defesa da parte frágil. A proteção da livre iniciativa; da propriedade privada; da livre concorrência; do consumidor; do meio ambiente; a proibição do abuso de autoridade e do poder econômico; a redução das desigualdades por meio do desenvolvimento econômico; e a busca do pleno emprego são âncoras principiológicas da ordem econômica e financeira (FERREIRA, 2015, p. 353).

A heterogeneidade do universo contratual e a natureza das operações econômicas importa em conferir ao contrato condições de possibilidades asseguradas pelo direito dos contratos disposto no Código Civil (Arts. 421 a 853) e em leis especiais que, com seus princípios e regras, assegura a legalidade, a paridade, a simetria, a lisura e eficácia da relação negocial.

A economia de um país democrático passa por ciclos, como veremos a seguir, sendo que o contrato está presente em todos eles, em menor quantidade na recessão e na depressão e em maior número no crescimento e na prosperidade.

A organização econômica, ao tratar da circulação de riqueza por meio da produção de bens e serviços, vincula-se à organização política, no que se refere às funções e relações do Estado para com a sociedade, sendo que, na ordem social vigente são refletidas as consequências das ordens anteriores, por conta da inevitável relação causal existente. A contextualização simbólica do contrato, respaldado pelo direito contratual, não se modifica frente à crise de moralidade que assola um país e permanece como elemento de legitimação do Estado de Direito. Há, inegavelmente, uma forte tensão decorrente do embate observado entre a ordem econômica, a política e a social (FERREIRA, 20015, p. 360).

Ultimamente, no Brasil, em virtude do ativismo judicial que extrapola suas competências constitucionais e interfere diretamente nos outros Poderes, essa tensão ganha dimensões perigosas e danosas ao sistema econômico em razão da instabilidade jurídica gerada. Este cenário afasta investimentos internos e externos prejudicando o crescimento da economia e o desenvolvimento. É também socialmente perigoso ao descumprir os preceitos constitucionais de harmonia e independência dos Poderes da República previstos no Art. 2º da Constituição Federal, gerando crises institucionais que podem ocasionar a ruptura da ordem e causar sérias consequências à sociedade.

A teoria econômica do contrato, no que se refere à execução, encontra supedâneo

na base principiológica da Teoria Geral do Contrato informado pelos princípios da solidariedade, boa-fé objetiva e deveres anexos, que devem ser guardados, pela dicção do Art. 422 do Código Civil, “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Essa convergência observada nas teorias versadas expõe o “status do contrato contemporâneo”, feito de fundamento, essencialmente, extraído da moralidade jurídica e econômica e recepcionado pelo corpo social. Contratantes probos elegem o agir com honestidade e cuidado moral e ético no trato negocial voltado à obtenção de uma execução eficaz porque cumpre o objetivo avençado e eficiente porque alcança esse objetivo pelo caminho mais curto possível (FERREIRA, 2015, p. 361).

O conceito de contrato sintetiza uma realidade complexa não linear que informa as operações econômicas pelo direito. Por um lado, exprimem o fenômeno da expansão do direito em governar os comportamentos humanos. Por outro lado, protegem a relação contratual de possíveis abusos, fornecendo remédios para quebra de promessas por meio da responsabilização civil (ROPPO, 2021, p. 15).

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves o termo “responsabilidade” encerra a ideia de segurança ou garantia de restituição ou compensação do bem sacrificado, com o significado de recomposição e de restituir ou ressarcir. A ideia é não se deixar irressarcida a vítima de atos ilícitos sendo que quanto mais alto for o custo da responsabilidade civil, maior será a garantia do cumprimento daquilo que for avençado (GONÇALVES, 2006, p. 18).

Essa prática reforça a garantia que os contratos serão alcançados o seu termo final com a garantia do Estado quando os contratantes não atendem os requisitos éticos na contratação.

3 | OS CICLOS ECONÔMICOS

Todo Estado Democrático de Direito passa por crises. A democracia não é um sistema estável devido a preservar as liberdades como valor maior desse sistema. Desta forma, há conflitos entre grupos que buscam assumir o poder com aqueles que estão no poder. Trata-se de uma disputa política que é natural desse sistema. Ocorre que, neste caso, há vencedores e vencidos. Sendo que os últimos devem respeitar o resultado das urnas e tentar novamente seus pleitos nas próximas eleições. Assim, esta situação de conflito somente existiria na época das eleições, por ocasião das campanhas políticas. Desta forma, haveria um período de paz social no decorrer de uma legislatura, o que geraria prosperidade. Porém, constata-se hoje que grupos de pessoas economicamente muito poderosas, conhecidas como globalistas¹, quando não estão no poder, executam

¹ **globalização** é um fenômeno de ordem econômica **em que as corporações dos** diversos países, atuando em livre mercado e sem protecionismos estatais, são levadas a integrarem as economias de um país às dos outros em escala mundial – mas tudo isso preservando a independência e soberania das nações. **Já o globalismo** ocorre no âmbito político e é a pretensão de determinadas forças atropelarem as soberanias nacionais criando um dirigismo único para

constantes manobras visando a desestabilizar democracias para ocupar ou reocupar um lugar no poder. Com isso, crises fomentadas por eles direta ou indiretamente passam a ocorrer constantemente e tudo isso reflete na economia. Tal ambiente normalmente prospera onde o populismo é dominante. Em ambientes conservadores tais ações não evoluem a ponto de gerar crises.

A escola econômica austríaca é conhecida por sua forte oposição ao socialismo e outras formas de ingerência governamental nos assuntos econômicos. Um dos maiores representantes dessa escola, Joseph Alois Schumpeter², foi um conservador. Um dos maiores economistas que já existiram, um fenômeno da inovação capitalista. Schumpeter finalizou seus estudos na Universidade de Viena em 1906. Aos 26 anos escreveu o livro “Teoria do Desenvolvimento Econômico” que se tornou um dos textos clássicos em economia do Século XX. Outros livros importantes foram: Os Ciclos Econômicos, de 1939 e Capitalismo, Socialismo e Democracia, de 1942.

Esse grande economista considerou o capitalismo como uma expressão da inovação, utilizando-se de uma linguagem acessível para maioria das pessoas, fazendo-as ver esse sistema econômico como um consumidor que se desperta ante uma publicidade interessante. Mas também perceber que seu funcionamento prevê objetivos que se alcançam, se esgotam, e se alteram. Novos objetivos são estabelecidos e que uma vez mais são alcançados pelas pessoas que os perseguiram, sendo que nada se mantém estável para sempre.

Schumpeter inicia seu livro “Teoria do Desenvolvimento Econômico” com uma revisão da doutrina econômica da época, analisando o fluxo circular hipotético da produção e consumo. Essa ideia desenvolveu-se no Século XVIII e descreve em termos simples o funcionamento da economia. Os empresários produzem bens, prestam serviços e pagam seus trabalhadores. Os trabalhadores, na qualidade de consumidores, adquirem bens e serviços. Então os empresários utilizam o dinheiro dos consumidores para investir e produzir mais para pagar salários e gerar benefícios e, assim, começa um novo ciclo.

Esse fluxo circular é como um rio que flui constantemente e que pode aumentar ou diminuir seu fluxo ligeiramente. Entretanto, não há lugar para inundações ou secas e o rio nunca sai de seu curso. Ou seja, o mercado se autorregula.

Ao analisar o papel do empreendedor ele conclui que não se trata de um executivo de negócios, nem um proprietário ou diretor-gerente de uma empresa bem sucedida. O empresário é um moderno capitão de indústria que busca de forma obsessiva o caminho para a inovação. A motivação do empresário é romper tradições antigas e criar novas. É movido por ideias inovadoras. O empresário típico é aquele que antevê oportunidades de

os rumos do planeta, **o que se dá com a interferência nas relações internacionais. Portanto**, enquanto o primeiro envolve a integração econômica, o segundo versa sobre a centralização política nas mãos de um governo ou grupo supranacional. **Fonte:** <https://www.gazetadopovo.com.br/instituto-politeia/globalizacao-vs-globalismo/>. **Autor:** André Borges Uliano. **Acesso em:** 08/08/2021.

² Joseph Alois Schumpeter nasceu em Triesch, pequena cidade a 20km de Praga, hoje República Tcheca, em 1883 e morreu nos EUA em 1950.

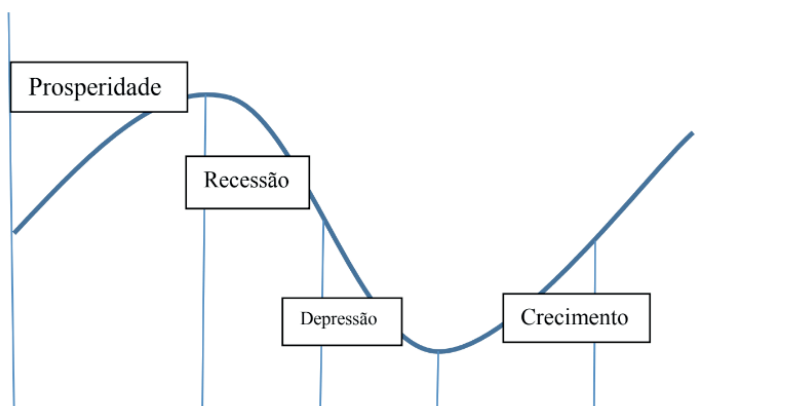
negócio e está constantemente fabricando o futuro. Os ciclos econômicos são produto da inovação, relacionados com o desenvolvimento dos países.

Na mesma época em que Schumpeter escreveu seu primeiro livro (1906), o sociólogo francês Émile Durkheim (1858-1917) afirmava que as nossas necessidades são ilimitadas. Quanto mais se tem, mais se deseja.

De fato, ao iniciar o estudo da economia, a primeira coisa que se aprende é que as necessidades são infinitas e os recursos são escassos.

A base do capitalismo, tanto social quanto econômica, reside, portanto, na insaciedade dos desejos e a grande façanha dos empresários é convencer os consumidores que seus desejos se transformem em necessidades.

A ideia de destruição criativa rompe com a teoria do fluxo circular. Schumpeter inspirou-se na teoria dos ciclos econômicos longos idealizada por Nicolai Kondratiev. Para esse economista russo um ciclo econômico dura, em média, 50 anos e é composto de:



A expressão “destruição criativa” foi lançada por Joseph Schumpeter, em 1942, para descrever o modo como os produtos e os métodos capitalistas inovadores desbancam continuamente os antigos e, assim, explicar os ciclos de negócios. Segundo ele, o capitalismo funciona em ciclos, e cada nova etapa (industrial ou tecnológica) destrói a anterior e toma seu mercado. Para Schumpeter “a destruição criativa é o feito essencial do capitalismo. O capitalismo estável supõe uma contradição de seus próprios fins” (McCRAW, 2013).

A análise dos ciclos econômicos representa a análise do processo econômico capitalista. Esses ciclos sofrem influências tanto endógenas quanto exógenas. As endógenas têm como responsável o empresário e as exógenas são atribuídas a fatores naturais ou artificiais.

Com a evolução da sociedade e o desenvolvimento tecnológico constatou-se que

com o passar dos anos os ciclos econômicos têm o seu período encurtado. A sociedade precisa se preparar adequadamente para esse fato, pois as crises naturais do sistema capitalista ocorrerão com mais frequência e a capacidade de recuperação tem que ser abreviada, caso contrário o sistema capitalista estará em risco. Há também as crises artificiais promovidas por disputas políticas subsidiadas pelos globalistas. Isto interfere na evolução natural dos ciclos econômicos causando turbulências desnecessárias que prejudicam o desenvolvimento. No Brasil, atualmente, temos o ativismo judicial que acrescenta mais um fator negativo neste cenário: a insegurança jurídica. Isso o torna ainda mais complexo e até perigoso.

O êxito da inovação provoca um fenômeno de imitação fazendo com que capitais se orientem naturalmente para as novas atividades onde se encontram perspectivas de remuneração mais interessantes.

De acordo com a teoria dos ciclos econômicos a inovação coincide com o início do período do crescimento. Durante o período da prosperidade há um processo de absorção que gera um estado temporário de equilíbrio até o seu desgaste no início do período de recessão.

Schumpeter afirmou em seu livro “Capitalismo, Socialismo e Democracia” que Marx percebeu há muito tempo que o capitalismo constitui, por sua natureza, um tipo ou um método de transformação econômica que não é estacionário e jamais poderá sê-lo. O capitalismo resulta um processo de mutação industrial que se revoluciona incessantemente desde o interior da estrutura econômica, destruindo constantemente elementos envelhecidos e criando novos. Esse processo de destruição criadora constitui, a seu ver, o ponto fundamental do capitalismo.

Mais tarde, em 1995, o professor de Harvard Clayton Christensen baseando-se na ideia de Schumpeter lançou a expressão “tecnologia disruptiva”. Essa expressão apareceu pela primeira vez em seu artigo *Disruptive Technologies: Catching the Wave*.

Tecnologia disruptiva significa inovação tecnológica, produto, ou serviço, que utiliza uma estratégia disruptiva, em vez de revolucionária. Revolucionário é algo que gera uma transformação radical em algo que já existe, ao passo que disruptivo é algo interrompe uma tendência e cria outra literalmente nova que rompe com práticas existentes, fazendo com que a prática anteriormente em vigor seja abandonada.

Esse abandono normalmente não é imediato porque aqueles que utilizam a tecnologia antiga, que está sendo atacada, relutam em abandoná-la. Ocorre que, quanto mais pessoas aderem à nova tecnologia, mais opiniões vão sendo emitidas e, quando são favoráveis, o número de adeptos exponencializa-se. Isso fará com que a tecnologia anterior seja paulatinamente abandonada gerando prejuízos para os empreendedores que ainda a utilizam em seus negócios. Quando os prejuízos começam a surgir esse empreendedor terá que tomar uma decisão: ou se adequa à nova tecnologia e entra no novo mercado que surge ou cairá.

Trata-se de um produto ou serviço que cria um novo mercado e desestabiliza os concorrentes que antes o dominavam. É geralmente algo mais simples, mais barato do que o que já existe, ou algo capaz de atender um público que antes não tinha acesso ao mercado ou era mal atendido. Em geral começa servindo um público modesto que optou por utilizar o novo e evolui em função de sua praticidade e economicidade até que domina todo um segmento.

Posteriormente, Christensen discorre mais detidamente sobre essa teoria em seu livro *The Innovator's Dilemma*:

Uma tecnologia disruptiva traz a um mercado uma proposição muito diferente daquela antes praticada. Geralmente, a tecnologia disruptiva reduz a performance de produtos existentes nos mercados convencionais. Mas elas têm outros recursos (geralmente novos) que os clientes valorizam. Produtos baseados em tecnologias disruptivas são tipicamente mais baratos, simples, pequenos e frequentemente melhores para utilizar (1997a, p. 180) (tradução livre).³

Trata-se de uma inovação tecnológica que chega ao mercado propondo algo completamente novo, porém de fácil utilização.

Para se ter sucesso no lançamento de uma tecnologia disruptiva é necessário um criterioso planejamento, pesquisa de mercado e vontade de correr riscos. Muitas vezes, por ser algo inovador, é preciso que o idealizador esteja preparado para trabalhar sozinho ou com uma equipe bem reduzida já que essa tecnologia pode não despertar interesse de investidores e fornecedores, por ser se tratar, por exemplo, de uma *start up*, que normalmente recebe investimentos de investidores que optam por correr riscos maiores, porém calculados, mas que visualizam que há grandes possibilidades de lucros a médio e longo prazos (CHRISTENSEN, 1997b, p. 91).

Entretanto, para uma tecnologia ser disruptiva é preciso que ela passe a ser amplamente utilizada e aceita por um número crescente de usuários, que a veem como inovadora e facilitadora para os seus negócios ou necessidades. Desta forma, passará a ser utilizada progressivamente, de forma exponencial, e fará com que tecnologias antes utilizadas na mesma área sejam abandonadas em favor da nova que chegou ao mercado. Se isso não acontecer essa tecnologia desaparecerá tão rapidamente como surgiu, pois não realizará seu objetivo que é a quebra de um paradigma.

Schumpeter pontua cinco tipos de inovação que define o feito empresarial:

1. A introdução no mercado de um novo produto;
2. A criação de um novo método de produção;
3. A abertura de um novo mercado;

³ Disruptive technologies bring to a market a very different value proposition than had been available previously. Generally, disruptive technologies underperform established products in mainstream markets. But they have other features that a few fringe (and generally new) customers value. Products based on disruptive technologies are typically cheaper, simpler, smaller, and, frequently, more convenient to use.

4. A conquista de uma nova fonte de matéria prima; e
5. A exploração de uma nova organização da indústria com a criação de um monopólio ou a ruptura de um existente.

Uma forma de conceituar capitalismo é: “capitalismo é a riqueza acumulada que se emprega reprodutivamente”.⁴

Para ele o quartel general do sistema capitalista é o mercado financeiro, onde se concede crédito. Mas para haver sucesso é fundamental que a inovação tenha êxito. A introdução de novos métodos de produção e abertura de novos mercados implica em riscos, ensaios, erros e superação de resistências. São fatores que não figuram na roda da rotina. Os recém chegados à indústria trazem novas ideias e têm benefícios quando focam no desenvolvimento econômico como seu único objetivo. Aqueles que já estão no mercado e não atentam para isso serão alijados com o tempo.

A inovação provoca um desequilíbrio contínuo conduzido por empreendedores obcecados com o que fazem. A inovação em si mesma é uma proeza que não vem apenas do intelecto, mas principalmente da vontade e do fenômeno da liderança. As barreiras à inovação derivam de problemas relativos à incerteza e resistências em fazer algo que não se fez antes. As dificuldades frequentemente são imensas e vencê-las é a característica do empreendedor. Com essa ideia Schumpeter põe em evidência mais uma vez o papel fundamental do crédito. Não o crédito para o capital de giro mas o crédito para apostar num novo projeto empresarial. Um dinheiro que pode se perder se o projeto fracassar. A inovação que representa mudança considerável requer um grande investimento antes de iniciar a atividade sem se ver o retorno.

Ele aponta que são as grandes empresas que mais se beneficiam da destruição criativa uma vez que podem se permitir ao luxo de apostar em inovações. As perdas em alguns projetos seriam compensadas pelos ganhos maiores em outros já sedimentados e o balanço final fica positivo. O crédito dos bancos para novos projetos passa a não ser imprescindível pois grandes empresas geram seu fundo de reserva que pode ser usado para investimentos de risco sem comprometer sua saúde financeira. Schumpeter também havia previsto que empresas menores que operassem junto com grandes, num capitalismo de “trusts” se beneficiariam disso e também que não seria fator inibidor da criação de novas empresas. Ele viveu o suficiente para confirmar sua visão do futuro.

4 | INSTITUIÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS, SUAS RESPONSABILIDADES CONTRATUAIS E RESPONSABILIDADES DO ESTADO DE DIREITO

As instituições de Estado devem estar acima das disputas políticas pois não servem a governos e sim ao Estado.

Elas possuem uma dimensão conceitual e fenomenológica no direito contemporâneo.

⁴ Dicionário Oxford.

A sua influência na economia e sociedade transportam para o direito negocial extensas possibilidades de relação contratuais voltadas para a circulação de riquezas num mercado capitalista (FERREIRA, 2015, p. 363).

Recentemente, em oposição à proposta neoliberal para economia, a corrente conhecida por defender a economia institucional aponta as instituições como fatores endógenos ao processo de desenvolvimento. Esta posição sustenta que o funcionamento das instituições públicas interagindo com as organizações privadas, constitui fator determinante para o desenvolvimento de um país. Essas instituições tornam-se essenciais na medida em que reduzem as incertezas por meio da criação de estruturas estáveis, de caráter incremental, que propiciam gradual evolução para a economia (BARRAL, 2006, p. 74/75).

Entretanto, é patente que as instituições públicas em sua maioria são menos eficientes que as privadas em razão da obrigação de fazer somente aquilo que as normas permitem, ao passo que as privadas têm maior grau de liberdade devendo somente se abster de fazer aquilo que é defeso em lei. Em razão de terem maior liberdade econômica ficam apenas limitadas pelos limites determinados pelas normas regulatórias e pelo interesse do empreendedor. Sabidamente há setores e locais no país não atraentes para iniciativa privada. Nestes casos é possível a realização de parcerias público privadas, bem como a implementação de projetos pelo poder público que posteriormente transfere por concessão ao setor privado. O importante é que a população não fique desassistida.

As agências regulatórias inserem-se nesse contexto ao estabelecerem as “regras do jogo” para o funcionamento das organizações que atuam em sua respectiva área técnica, promovendo a previsibilidade necessária à confiança que a iniciativa privada necessita, para estabelecer cenários prospectivos que balizarão seus investimentos. Isso contribui para o desenvolvimento e crescimento de um país.

Segundo Roppo “O contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido” (2021, p. 24).

De modo coerente, o direito dos contratos observou transformações expressivas, registradas em paralelo com a expansão do mercado e, mais incisivamente, durante as Revoluções Industriais e posteriormente. Deste cenário, decorre a intensificação da participação das instituições públicas, com atuação tradicional neste contexto, e instituições privadas, a partir da expansão empresarial, enquanto poder ascendente e reconhecidamente detentor do mercado negocial mundializado. Trata-se, neste ponto, dos grandes grupos econômicos e, evidentemente, do próprio Estado contratante, possuidor de uma capacidade negocial, extraordinária. As empresas, particularmente as privadas, independentemente da tese contratualista, são uma instituição, cujos propósitos permanecem ligados à segurança, estabilidade, eticidade, eficiência, lucratividade e capacidade para permanecer no mercado. A disfunção negocial, neste segmento, produz efeitos de longo espectro impactando negativamente o mercado, por via de consequência,

a organização econômica e social (FERREIRA, 2015, p. 364).

De acordo com Lôbo (2011, p. 1319, apud FERREIRA) na economia oligopolizada existente nas sociedades atuais, o contrato, em seu modelo tradicional, converte-se em instrumento de exercício de poder, que rivaliza com o monopólio legislativo do Estado. Isso é o efeito da globalização em que empresas transnacionais angariam poder maior que muitos países.

O poder econômico é salutar uma vez que o empreendedor o utiliza para obter lucro e gerar tributos e a consequência direta de seu uso dentro de parâmetros regulatórios é o que promove o desenvolvimento e o crescimento da economia de um país. A autonomia privada será sempre importante para não se tolher a criatividade empresarial.

Como afirma Enzo Roppo, o princípio da autonomia privada constitui a tradução, numa fórmula enobrecida pelos conceitos dispostos na teoria geral do direito referente a liberdade contratual. Esta é um princípio ideológico que, ao mesmo tempo, é um princípio norteador das relações sociais num ambiente democrático, tornando-se essencial para qualquer ordenamento capitalista e a qualquer sistema de mercado livre (2021, p. 132).

Entretanto, em função da criação de grandes grupos empresariais transnacionais, atualmente não há mais a concorrência perfeita baseada na homogeneidade dos produtos, atômidade do mercado, mobilidade dos fatores de produção e transparência de preços. A competição é realizada por oligopólios, num ambiente de concorrência imperfeita que nem sempre favorece o consumidor. (TAVARES, 2006)

Pode ocorrer, então, uma situação de abuso do poder econômico, indesejável, que certamente conduzirá à obtenção de lucros abusivos, fruto da concentração econômica gerada por esses oligopólios, burlando-se as regras de mercado e extrapolando os parâmetros regulatórios. A legislação contratual clássica torna-se incapaz de enfrentar adequadamente esse problema. Esse fator avulta a importância regulatória e principalmente a fiscalizatória do Estado. Este pode a qualquer hora lançar mão de seu poder de império e editar legislações mais rígidas visando a impedir o abuso do poder econômico.

A grande responsabilidade do Estado com relação a contratos é com a sociedade. Esta será a grande beneficiária de um ambiente econômico salutar porque o capitalismo gera benefícios excepcionais desde que bem conduzido. É ele que gera a riqueza.

O paradigma do Estado Democrático de Direito predomina entre os países mais avançados, não tardando à adoção da metódica da constitucionalização do direito econômico. Desta forma, a ordem pública econômica foi absorvida por diversos Textos Constitucionais, naquele rito de passagem, reservando a ela a regulamentação da ordem econômica e social. Foi neste período que a ordem pública econômica passou a ser formulada por meio da subdivisão entre ordem pública de direção e ordem pública de proteção, conforme doutrina de Lorenzetti e, posteriormente, reverenciada por Albino de Souza. As ordens públicas de direção e de proteção decompõem-se em seus postulados, diante da imprevisão das medidas intervencionistas de natureza mista, decorrentes do

interesse político e do interesse econômico (FERREIRA, 2015, p. 368).

A Ordem Pública de Direção prende-se à preocupação de dirigir a economia nacional, pública, impedindo que os contratos privados a prejudiquem. Manifestam-se nas legislações [...] na política monetária e creditícia, por exemplo, que praticamente envolve toda a vida dos negócios. A Ordem Pública de Proteção aplica-se a proteger, nos contratos, a parte considerada "economicamente mais fraca", sendo este sentido de fraqueza relacionado à menor capacidade econômica (SOUZA, 2011, p. 1367, apud FERREIRA).

Entretanto, tanto a liberdade como a igualdade entre contratantes devem ser harmonizadas pelos preceitos da ordem pública de direção e de proteção, ambas reunidas pelos fundamentos da ordem econômica. Assim, tanto as instituições públicas que têm por trás a força do Estado, como os oligopólios privados alicerçados no seu poder financeiro devem controlar seus poderes que modelam sua força negocial, preservando a todo custo o equilíbrio contratual.

Concomitantemente, o Estado, com base no seu poder de império, é responsável, como agente normativo, por regular a atividade econômica, exercendo, na forma da lei funções de fiscalização e outras, como prevê o Art. 174 da Constituição Federal.

O escopo contratual não pode ser desfuncionalizado para ceder aos interesses econômicos, ou políticos, gerando situação de insegurança e abalos no núcleo estruturante do contrato, irradiando efeitos negativos em que poucos lucram muito e muitos pagam o custo de tais transações (FERREIRA, 2015, p. 362).

O contrato como instrumento jurídico de realização da atividade econômica mantém extensas interdependências em relação ao Estado, à economia, às instituições públicas e privadas e, por fim, à responsabilidade civil. A responsabilidade civil objetiva prevalece, por atender de forma mais adequada e atualizada, à natureza dos possíveis danos em se tratando de violação aos princípios da ordem econômica, com menção expressa, ao abuso do poder econômico.

51 CONCLUSÃO

Os contratos existem desde que o homem começou a formar sociedades para sobreviver. Naquele tempo as relações sociais de trocas diretas por meio do escambo originaram o que se faz hoje por meio de contratos. Em todas suas formas, verbal, escrito, virtual, formal, informal estão presentes no dia a dia de todas as sociedades independente do regime político de cada Estado. Por exemplo, até um casamento nada mais é que um contrato. Todas as trocas são consubstanciadas por contratos mesmo quando são implícitas. Muito feliz foi a afirmação de Enzo Roppo quando disse que toda vez que há transferência de riqueza de um sujeito para outro isso é realizado por meio de um contrato.

Estão presentes em todas as fases dos ciclos econômicos por que passam as economias capitalistas. Em maior quantidade no crescimento e na prosperidade e em

menor número nas recessões e depressões.

O contrato é o grande responsável por manter uma economia funcionando nas crises severas, onde pode ser flexibilizado por meio de termos aditivos, em que é negociado facilidade de pagamentos e alongamento de prazos, visando a preservar a execução daquilo que foi avençado, sendo responsável por evitar falências, bem como preservar empregos. Em todo ambiente negocial onde há equilíbrio material e boa-fé é possível sobreviver a crises e preparar-se para a recuperação econômica.

Da mesma forma, pode ser usado para identificar indícios de recuperação econômica por meio do aumento de contratos fechados que denotam confiança e investimento que resultaram em crescimento econômico. Um bom exemplo de retomada da economia, por exemplo, são os contratos de compra de papelão para produção de caixas.

Quando o contrato perde alguma de suas funções essenciais cabe o Estado atuar para corrigir o problema e promover pela via administrativa ou judicial a correta sua correta execução.

Quando o contrato é usado como instrumento político contribui para desestabilização e para a inserção do componente da incerteza no mercado que reflete na economia, provocando efeitos nefastos para ordem econômica de um país. Entretanto, quando está presente a corrupção esses efeitos são exponencializados e poderão ser tão grandes que serão capazes de provocar recessão econômica.

O Estado de Direito numa democracia é o grande gestor da ordem econômica. É o responsável por manter o correto funcionamento da economia de um país e promover seu crescimento e desenvolvimento. Seu importante papel é de forma atenta monitorar os indicadores econômicos antecipando-se às crises para minimiza-las e de preferência achatar a curva do ciclo econômico para evitar situações extremas. Neste século, em virtude da globalização de mercados, dos avanços tecnológicos e principalmente dos meios de comunicações a tendência dos ciclos econômicos é que sejam encurtados. Desta forma, o nível de atenção e de atuação tem que ser dobrado. O mais importante é que o Estado, por meio de seus Poderes, atue de forma harmônica e independente adstrito ao regramento constitucional.

Cabe ao Estado, por meio de suas prerrogativas de direção e proteção, coibir tais práticas por meio de ações regulatórias, antecipando-se ao que poderá resultar em crise. E, nos casos mais graves, o Estado juiz vale-se de seu poder de império e das leis penais como *ultima ratio* para preservar a ordem econômica.

Caso essas ações preventivas não se mostrem eficazes o Estado poderá atuar diretamente na economia por vários meios para estabiliza-la e evitar o aprofundamento das crises. Em razão de ser um grande contratador de produtos e serviços o Estado poderá atuar mais fortemente para antecipar recuperações econômicas. Mas, é preciso promover auditorias periódicas em todas as ações em que recursos governamentais são empregados para que haja um emprego eficaz e eficiente deles. Os desvios dos princípios/deveres

constitucionais que regem a administração pública deve ser responsabilizando civil e penalmente para que as práticas ilegais, imorais ou incompetentes deixem de ocorrer. Por outro lado, cabe às agências reguladoras atuar para evitar casos de abuso do poder econômico, tanto por parte do governo quanto da iniciativa privada.

Num Estado Democrático de Direito os contratos assumem um papel importante como garantidores dos negócios que gerarão as riquezas necessárias ao giro da economia. O poder econômico não é um vilão como muitos o rotulam. Ele é bem vindo como fator de consolidação do capitalismo. Entretanto, o abuso desse poder causa resultados negativos que devem sempre ser coibidos para manter o capitalismo saudável.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber e PIMENTEL, Luiz Otávio - Organizadores. **Teoria jurídica e desenvolvimento**. Editora Fundação Boiteux: Florianópolis, 2006.

CHRISTENSEN, Clayton M.. **The innovator's dilemma: When New Technologies Cause Great Firms to Fail**. Harvard Business Review Press, 1997a.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser e CORRÊA, Ana Cláudia – Organizadoras. **Empresa, negócio jurídico e responsabilidade civil [Recurso eletrônico on-line]** . Zuin Mattos do Amaral. – 1. ed. – Florianópolis : Qualis Editora, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9 ed, rev. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

McCRAW, Thomas K.. **Joseph Schumpeter, innovación y destrucción creativa**. Barcelona: Ediciones de Belloch S.L., 2013.

PESSIA, Frando D'Orazio. **El pensamiento económico de Joseph Schumpeter**. Madrid: Unión Rditorial S.A., 2015.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2021.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Análisis teórico, histórico y estadístico del proceso capitalista**. Tradução de Jordi Pascual. Ed. abreviada. Zaragoza: Prensas Universitarias, 2002.

_____. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. Editora Método: São Paulo, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil – contratos em espécie**. vol. 3, 7 ed. Editora Atlas: São Paulo, 2007.

Data de aceite: 01/11/2021

Data de submissão: 06/08/2021

Caroline Silvéria Ribeiro

IPOG

Brasília – DF

www.linkedin.com/in/CarolineSilveria

RESUMO: A integração tecnológica possibilitou o aprimoramento da forma como os negócios são realizados, o que viabilizou o uso dos meios digitais para efetuar transações financeiras, fazer negociações diversas e estabelecer contratos de maneira simplificada, evitando processos longos e burocráticos. Uma das formas de realizar tais atividades é por meio da utilização de criptoativos, que utilizam recursos digitais de validação de transações. Além da história de seu surgimento, é necessário compreender as diferenças entre moedas digitais, moedas virtuais, criptomoedas, criptoativos e blockchain. Estes conceitos básicos facilitam a compreensão do mecanismo de funcionamento dessas revolucionárias tecnologias que dispensam intermediários como bancos e instituições financeiras para o seu pleno funcionamento e não são regulamentadas por nenhuma agência ou país. Tais aspectos caracterizam uma tecnologia totalmente descentralizada que garante a segurança e a integridade das transações entre seus usuários utilizando a criptografia. Ou seja, a tecnologia em si possui um recurso de proteção contra fraudes para emissão e validação de valores, o

que dispensa intermediários que, no mundo real, seriam necessários para fazer tais validações. Após a exposição dos preceitos básicos, uma análise comparativa entre as duas criptomoedas que tiveram maior destaque no ano de 2021 mostra os aspectos legais e de aceitação. A abordagem adotada é o relato de experiência, que objetiva descrever a situação observada durante o estudo e extrair as ideias centrais, evitando o uso de informações técnicas do experimento em si. Portanto, o resultado da análise comparativa objetiva mostrar a dinâmica de uma análise de criptoativos a fim de que essa pesquisa possa ser reproduzida pelo leitor de maneira autônoma. Esta pesquisa simplifica o entendimento do uso dos criptoativos como forma de negociação, o que, para muitos especialistas e entusiastas do tema, representa o futuro das transações em âmbito mundial.

PALAVRAS-CHAVE: Criptomoedas, criptoativos, moedas digitais, blockchain, Bitcoin.

COMPARATIVE ANALYSIS OF CRYPTOCURRENCIES

ABSTRACT: Technological integration made it possible to improve the way businesses are made, which enabled the use of digital means to carry out financial transactions, make different types of negotiations and establish contracts using a simplified way that eliminates complicated and long processes. One of the ways to make these activities is using cryptoassets, which uses digital resources for validating transactions. In addition to the history, it is necessary to understand the differences between digital currencies, virtual currencies, cryptocurrencies and cryptoassets.

These basic concepts clarify the working mechanism of these revolutionary technologies that do not require intermediaries, banks or financial institutions and are not regulated by agencies or any countries to operate. Cryptocurrencies work with a totally decentralized technology that guarantees the security and integrity of the transactions by using cryptography. This technology has a native creating and validating system that prevents an indiscriminate creation of new cryptocurrencies and ascertains the validations by using cryptography, meaning that this kind of transaction do not require intermediaries like in the real world would be needed to carry out such validations. After exposing the basic characteristics of this new technology, a comparative analysis between two cryptocurrencies that had the best performance in 2021 shows the acceptance and legal aspects. The research technique adopted is an experience report, which describes the observed situation during the research and extracts central ideas, bypassing technical information from the experiment itself. The result of the comparative analysis shows the dynamics of an analysis of cryptoassets so that this research can be autonomously reproduced by the reader according to his particular needs. This research simplifies the understanding of this new technology that, in the eyes of experts and enthusiasts on the subject, represents the future of worldwide transactions.

KEYWORDS: Cryptocurrencies, cryptoassets, digital currencies, blockchain, Bitcoin.

1 | A DIGITALIZAÇÃO DAS FORMAS DE NEGÓCIO

Uma das primeiras moedas digitais que se tem registro foi a e-Gold, criada em 1996 pela Gold & Silver Reserve Inc. A empresa fez um estudo referente à influência monetária sobre o crédito e o ciclo de negócios. O resultado disso foi a não exigência de um intermediário financeiro, de forma que as transações entre clientes pudessem ser feitas via internet (E-GOLD, 2021). Caminhando na linha do tempo, a transição para o século XXI popularizou a tecnologia de tal forma que até a maneira como fazemos negócio foi modificada. No mundo inteiro houve um crescimento expressivo no comércio eletrônico nos últimos anos. Em 2020, em função da pandemia do COVID-19, houve um aumento expressivo nas vendas online no mundo inteiro e o Brasil ficou na 7ª posição do ranking dos países que mais cresceram na modalidade *e-commerce* de acordo com um relatório emitido pela eMarketer (EMARKETER, 2021). Esse crescimento garantiu o faturamento de cerca de R\$ 87,4 bilhões em vendas online somente no ano de 2020 (INFOMONEY, 2021). Isso significa que o país vem acompanhando as maiores potências mundiais no crescimento das negociações online. Por conseguinte, o comércio na internet têm dependido fortemente de instituições financeiras, pois este método de pagamento funciona bem o suficiente para a maioria das transações. Contudo, este sistema sofre com deficiências nas transações, tais como: limites monetários mínimos e máximos; a possibilidade de reversão; fraudes e alto custo para a mediação (NAKAMOTO, 2008). Tais motivos foram motivadores para a criação das criptomoedas. Para o correto entendimento dos conceitos, é importante saber a diferença entre moeda virtual, moeda digital e criptoativo. O dinheiro que uma pessoa possui no banco pode ser considerado uma moeda virtual, visto que representa

uma versão virtual de um ativo real que a pessoa possui. Se alguém tem posse de R\$ 10 em uma conta bancária, esse dinheiro somente será palpável se houver um saque, trocando a moeda virtual por uma cédula de papel moeda. Já as moedas digitais – que são geradas, armazenadas e transferidas eletronicamente – se apresentam de diversas formas, tais como: saldos de pontos em plataformas de jogos e compras online que podem ser trocadas por benefícios, produtos ou serviços reais; sistemas de cashback; milhas aéreas e criptomoedas. Ou seja, as moedas digitais são unidades de valor que só possuem um valor real de troca dentro do contexto e da plataforma digital a qual pertencem. O conceito de criptoativo é semelhante ao das moedas digitais, visto que são ativos reais, ou seja, tem um valor intrínseco e são 100% virtuais. A diferença é que a criação de criptoativos é totalmente baseada em criptografia, um mecanismo computacional de segurança que garante, dentre outras coisas, a integridade, irretratabilidade (não-repúdio) e confidencialidade dos dados gerados a partir dessa camada de proteção.

Os criptoativos nem sempre tratam especificamente de valores monetários de maneira direta, pois podem referir-se à validação de uma transação, negociação ou contrato. Um exemplo disso são os contratos inteligentes propostos pelo criptoativo Ethereum. Esse tipo de serviço oferece uma validação 100% digital com cláusulas configuráveis e autoexecutáveis.

2 | CRIPTOMOEDAS

A criptomoeda é, simultaneamente, um tipo de criptoativo e uma moeda digital, pois representa uma moeda criada como fruto da resolução de um algoritmo criptográfico. Normalmente uma criptomoeda é gerada por um sistema de cadeia de blocos. Conhecido como blockchain, atua como um livro de registro e prova o lastro de sua criação (IBM, 2021). Uma criptomoeda faz o uso da criptografia como medida de segurança e anti-falsificação. É este mecanismo que garante que novas unidades não sejam criadas de forma indiscriminada, pois devem, necessariamente, resolver o cálculo do algoritmo criptográfico para concretizar sua emissão. Este processo chama-se mineração, nome que faz referência à mineração para extração de pedras preciosas. A mineração de criptomoedas é realizada por computadores com altíssimo poder de processamento e que, na maioria expressiva dos casos, são dedicados exclusivamente para essa finalidade. Esses dispositivos criam novas unidades de criptomoedas e também são utilizados para manter a rede a qual ela pertence e validar as transações entre usuários deste sistema. Para cada nova criptomoeda minerada ou transação validada, o minerador recebe uma comissão em retribuição pelo esforço de processamento empregado para manter a rede em funcionamento. Esse é o motivo pelo qual não há a necessidade de um órgão regulamentador, pois cada nó participante da rede é seu próprio mantenedor. O sistema é seguro pois, como a premissa é a realização de validações por um sistema de cadeia de blocos, as operações só são validadas se

estiverem de acordo com as configurações pré-definidas pelo sistema. Quando uma transação é realizada ou uma nova criptomoeda é minerada, essa informação é distribuída para todos os nós que mantêm a rede para que passem a compor de maneira permanente e irreversível o bloco central que sustenta o funcionamento da rede. Uma analogia com o mundo real é o fruto de uma árvore: uma semente de maçã gerou uma macieira, que, por sua vez, fez nascer maçãs. Para colher laranjas, não seria possível alterar a raiz da macieira para que ela parasse de produzir maçãs e passasse a produzir laranjas, visto que essa é uma lei natural irretroatável. Para colher laranjas seria necessário plantar uma nova árvore da espécie do fruto que se deseja colher, ou seja, uma laranjeira, e não modificar a estrutura da macieira. Este exemplo simplório mostra que uma série de reações em cadeia aconteceu após o plantio da semente e que a irretroatabilidade da origem da árvore garante a segurança da emissão de novos frutos. O funcionamento da cadeia de blocos baseada em um algoritmo criptográfico segue o mesmo princípio e os blocos criados são validados por todos os usuários do sistema de um criptoativo como as criptomoedas. Ao adentrar na rede, o minerador sabe que essas configurações estruturais do sistema são protegidas pela criptografia e não podem ser modificadas. Na prática, é como se dentro de um ecossistema da criptomoeda fictícia “Cripto31” o valor de A fosse 31. Toda vez que A for citado, seu valor numérico será 31. Todos os computadores pertencentes a este ecossistema fictício respeitam a regra por padrão de configuração e isso não pode ser modificado. Portanto, aos nós mantenedores de uma rede de criptomoedas só é permitido validar transações e criar novas criptomoedas. As regras de criação e funcionamento não podem ser alteradas ou burladas devido à irretroatabilidade dos fatos, que é assegurada pela validação distribuída. É por isso que vários novos tipos de criptoativos e criptomoedas são criados constantemente, pois quando existem falhas estruturais que geram limitações encontradas em uma tecnologia devido ao avanço natural desta ciência, novas versões surgem a fim de resolver tais problemas. A renovação tecnológica é uma prática bastante comum no meio computacional. Outro aspecto importante sobre as criptomoedas é que, como não possuem vínculo com nenhum país, governo ou instituição financeira, o valor de cada uma delas é determinado pela oferta e demanda de mercado, isso faz com que seus valores sejam altamente voláteis e imprevisíveis.

3 | CARTEIRAS DIGITAIS

As transações utilizando criptomoedas são realizadas e identificadas por um endereço de carteira – correspondente à conta de usuário – que possui uma sequência grande de caracteres entre letras maiúsculas, minúsculas e números. Existem carteiras com endereços de 16 a 64 caracteres, a quantidade de caracteres varia de acordo com as regras de definição de cada criptoativo. Desta forma, os endereços são gerados aleatoriamente, sem uma sequência ou padrão fixo que identifique, por exemplo, o país de

origem de determinada carteira.

A criptografia da criptomoeda a torna mais anônima do que quaisquer moedas reais, criadas por bancos, ou virtuais, criadas por desenvolvedores de sistemas. Nenhum dado pessoal é vinculado à carteira digital da criptomoeda, nem no momento de sua criação nem a qualquer tempo. Sua criação é simples e imediata, pois basta que se defina uma senha que, atribuída ao número da carteira, é suficiente para acessá-la. Adicionalmente, é possível configurar os ajustes de segurança acrescentando mecanismos complementares de proteção, como a autenticação de dois fatores, restrição de acesso por endereço IP de um dispositivo cadastrado e uma frase secreta. Tais mecanismos são opcionais que visam aumentar o nível de segurança de acesso à carteira. Mas mesmo com tantas configurações adicionais, em momento algum as configurações passam pelo fornecimento de dados pessoais. Assim, a identidade real do detentor da carteira não é vinculada à sua posse e, conseqüentemente, nem às transações realizadas por determinada carteira. Esse mecanismo leva a crer que todas as transações, por serem pautadas em criptografia, são secretas, o que gera uma presunção de anonimato. No entanto, existem formas de se chegar ao portador de determinada carteira. O relacionamento de transações entre carteiras faz-se útil neste caso, pois ao analisar o caminho percorrido de transação em transação, pode-se chegar a uma carteira em que se conhece o detentor por cruzamento de dados. A partir daí, é possível fazer uma investigação por engenharia reversa de uma determinada faixa de transações buscando identificar os detentores das carteiras intermediárias até chegar na carteira de origem que se deseja. Este não é um processo fácil, porém, é possível. O nível de complexidade dessa investigação depende diretamente do grau de camadas de segurança aplicadas nas diretrizes de funcionamento da criptomoeda escolhida, visto que algumas foram projetadas com a finalidade específica de promover altos níveis de privacidade.

Portanto, a ideia do anonimato existe, mas não para a totalidade dos casos. Para um melhor entendimento dessa questão do anonimato, é importante diferenciar as transações realizadas de maneira direta entre usuários de um sistema de criptomoedas das transações realizadas por plataformas que gerenciam criptomoedas, visto que, nestas últimas o usuário tem a opção de fazer transações por meio de corretoras de criptomoedas, que são intermediárias e atuam de maneira semelhante a das corretoras de câmbio de ações do mercado financeiro. Elas intermediam a gestão das carteiras digitais e, por questões de segurança e integridade da própria empresa, tais instituições exigem dados de verificação a fim de evitar fraudes. Essas instituições respeitam as rigorosas diretrizes internacionais de KYC, sigla para *Know Your Customer*, que significa conhecer o cliente. Tais diretrizes são substanciais e altamente difundidas em instituições financeiras ao redor do mundo (BALDUCCINI, 2014). Na prática, as empresas são responsáveis por exigir dados de identificação de pessoa física ou jurídica para permitir a realização de transações. Assim, mesmo que as criptomoedas não possuam meios de identificação de seus usuários em

suas carteiras, quando há uma corretora de valores intermediando o processo, os dados são exigidos. Essa é uma das formas de fazer cruzamento de dados para identificar o proprietário de uma carteira. Práticas de AML Compliance também são realizadas por estas instituições. A sigla vem do inglês *Anti-Money Laundering*, que significa o cumprimento de normas para a prevenção à lavagem de dinheiro

4 | SISTEMA BLOCKCHAIN

A blockchain é uma tecnologia que realiza registros digitais de transações, contratos ou documentos identificando tais processos com um código único, que tem o nome de *hash*. O código *hash* no sistema blockchain assegura a integridade do documento ou valor transferido e garante a identidade de seu emissor. A diferença do funcionamento deste sistema para o de assinaturas e certificados digitais é a forma de armazenamento, que se dá em blocos sequenciais. Este é um sistema seguro, pois é descentralizado. A proposta é o armazenamento distribuído na rede mundial de computadores, criando uma representação digital imutável, visto que existem várias cópias representativas do documento em servidores espalhados pelo mundo inteiro. Se um dispositivo que faz parte como nó mantenedor de um sistema de blockchain for corrompido, apagado, invadido ou tiver sua segurança comprometida de alguma forma, ainda assim o sistema blockchain como um todo não será afetado, pois o fator garantidor da autenticidade do dado foi validado no ato de sua criação e está documentado em toda a rede, de forma que os outros dispositivos podem fazer a validação sem prejuízos ao funcionamento do sistema. Assim, sempre que algum nó da rede para de operar, outro assume a carga de trabalho imediatamente e de forma transparente ao usuário, pois não há interrupção de serviços.

5 | BITCOIN

De todas as criptomoedas, a Bitcoin vem sendo a líder de mercado em termos de popularidade desde que foi anunciada em seu artigo de lançamento, publicado em outubro de 2008 por Satoshi Nakamoto, figura misteriosa e desconhecida que nunca teve sua real identidade revelada. O artigo de Nakamoto especificou detalhes técnicos da primeira moeda totalmente descentralizada, assim caracterizada por não se submeter ao controle de instituições financeiras ou regras governamentais. Destarte, ficou conhecida como moeda em que novas unidades de valor são criadas por meio de um grande esforço computacional, por um processo chamado de mineração. Quanto mais computadores estiverem trabalhando na mineração de novas moedas Bitcoin, mais esforço computacional deverá ser feito para emitir as moedas seguintes (NAKAMOTO, 2008). A Bitcoin é criada através da solução de um algoritmo criptográfico complexo que, dentre outros valores, envolve parte do código do bloco anterior. Dessa maneira, forma-se uma cadeia de blocos,

o que impossibilita a reversão de uma transação e traz segurança para seus usuários. Após seis transações subsequentes é impossível reverter a transação central, pois o bloco torna-se imutável e é oficialmente publicado na blockchain, que é o livro de registro de todas as transações já realizadas. Como milhões de operações são feitas por segundo de forma descentralizada, a probabilidade matemática de reverter uma transação diante de tantas outras acontecendo simultaneamente e em cadeia impossibilita a reversão de transações. Essa é uma aplicação do sistema de blockchain em sua forma original, pois ele foi criado por Satoshi Nakamoto para a operação do Bitcoin. Contudo, a comunidade de pesquisadores da área de tecnologia da informação aproveitou a ideia da blockchain e ampliou seu uso para vários tipos de validação de negociações digitais entre partes.

A título de curiosidade, mesmo tendo sido lançada em 2008, a primeira compra formal online utilizando a Bitcoin foi feita em maio de 2010 por um usuário chamado Laszlo Hanyecz. Ele comprou duas pizzas na rede Papa John's pagando *BTC* 10.000, que na época era o equivalente à US\$ 25 (MONEY TIMES, 2021). Considerando a maior cotação da moeda, registrada pela Coin Market Cap, no dia 13 de abril de 2021, 1 unidade de Bitcoin valia exatamente US\$ 64.863,10. Onze anos após a primeira compra, o vendedor da pizza poderia ter uma fortuna de mais de 631 milhões de dólares caso tivesse guardado as Bitcoins da transação. Por este motivo, o dia 22 de maio é reconhecido como o “Bitcoin Pizza Day” pela comunidade adepta ao uso da criptomoeda.

6 | ETHEREUM

Essa criptomoeda faz a validação de contratos inteligentes remunerando os responsáveis pela mineração com Ether, que é o nome do combustível que financia o funcionamento da tecnologia Ethereum. Por se tratar de uma forma de implementação em nível de linha de código, a apresentação dessa criptomoeda será feita de em analogia ao mundo real, detalhando os aspectos centrais e objetivos de sua implementação e ignorando os aspectos técnicos por não serem o objetivo desta pesquisa.

Um contrato inteligente intermediado pela Ethereum utiliza-se da segurança da criptografia para fazer um processo que se assemelha ao que um cartório faz por meio de validação de documentos. Exemplificando, se Ana e Bruno fecham um contrato inteligente, caso algum deles descumpra uma cláusula, a execução da consequência vinculada ao descumprimento é desencadeada de maneira automática. A Ethereum utilizou os benefícios da blockchain de forma muito versátil e inovadora, promovendo um movimento que virou tendência nas negociações online, pois resolveu muitos problemas que há muitos anos vinham sendo discutidos por empresas, governos e instituições de ensino e pesquisa. Seu sucesso desencadeou a criação de outros tipos de blockchain de natureza pública e código aberto como a própria Ethereum, mas também inspirou governos a criarem suas próprias plataformas de armazenamento de registros digitais, que contam com blockchains privadas

e permissionadas, podendo ser acessada apenas por usuários convidados pelo dono do sistema.

71 ANÁLISE COMPARATIVA DE CRIPTOMOEDAS: ACEITAÇÃO

Uma excelente ferramenta para a consulta de criptomoedas é o site da Coin Market Cap – um dos principais bancos de registro de moedas digitais existentes – acessível pelo endereço www.coinmarketcap.com. Nele é possível acessar o registro com detalhes de criação, valorização, valor de mercado e muitos outros detalhes sobre todas as criptomoedas existentes no mundo inteiro. Em 6 de agosto de 2021, o Coin Market Cap apontou a existência de 11.178 criptomoedas diferentes em todo o planeta (COIN MARKET CAP, 2021a). Este número é bastante variável pois, a cada dia que passa, novas moedas são criadas. A título de exemplo, na primeira edição deste artigo, que foi publicada em março de 2016, haviam apenas 648 criptomoedas catalogadas pelo Coin Market Cap. Os números supracitados correspondem apenas à quantidade de criptomoedas. Considerando que existem diversos outros tipos de criptoativos, é difícil mensurar quantos tipos de serviços digitais são baseados em blockchain, pois esta é uma tecnologia muito eficiente que possibilita o estabelecimento de contratos inteligentes.

Aceitação do modelo de contratos inteligentes tornou-se difundida após o lançamento da Ethereum, que é a principal blockchain programável do mundo (ETHEREUM, 2021) e deu tão certo que inspirou a criação de plataformas próprias de blockchains privadas para o uso de instituições públicas e privadas do mundo inteiro. Um dos maiores motivos da aceitação do novo modelo é a redução de custos. Por usar um sistema blockchain de validação descentralizada de dados, documentos e contratos, há uma economia expressiva com a desnecessidade de intermediários como cartórios, assessores e corretores. Além das vantagens econômicas, essa autonomia dos processos oferece ganhos de tempo na execução de tarefas, pois eliminando a necessidade de intermediários, é possível reduzir prazos para validação e documentações que são necessárias em negociações formais. A confiança no processo é garantida pela criptografia da tecnologia. Seus registros tornam-se permanentes. Em 2020, a Forbes lançou uma lista com as 50 maiores empresas do mundo que adotam a blockchain como tecnologia de apoio ao negócio. Dentre as gigantes mundiais encontram-se: Facebook, IBM, Walmart, HSBC, Santander, Amazon, Microsoft, NASDAQ, Nestlé e Samsung (FORBES, 2020a). Um exemplo simples do funcionamento de um contrato inteligente que pode ser intermediado pela Ethereum é a configuração de pedidos automáticos para repor o estoque de um determinado produto em uma loja. Assim que as unidades estiverem prestes a acabar, o sistema será capaz de detectar e terá autonomia para fazer um novo pedido. Como o sistema é inteligente, ele pode analisar métricas de dados e fazer o pedido baseado na média de vendas que são realizadas a cada mês. Ou seja, o que era um trabalho custoso e demandava a necessidade de intervenção

humana, hoje pode ser feito de forma automática.

O aumento do uso e a adoção por governos de países ao longo do mundo aponta que o sistema tem grande aceitação global. O Brasil tem atuado bastante na implantação deste modelo tecnológico. Inclusive, em 2018, o BNDES realizou o evento chamado “Fórum BlockchainGov - Contribuições da blockchain para a transformação digital dos governos” para mostrar que

O uso de tecnologias inovadoras pelos governos pode transformar a prestação de serviços públicos no Brasil, ao melhorar a eficiência e a eficácia dos recursos aplicados e, principalmente, ao multiplicar o poder de decisão, acompanhamento e fiscalização dos cidadãos. E blockchain, um protocolo digital de governança, confiança e compartilhamento altamente seguro de dados e informações entre diversos atores, têm um papel fundamental neste cenário. (BNDES, 2018).

Atualmente, as maiores dificuldades de implantação estão relacionadas à resistência da modernização e desburocratização de processos por instituições muito tradicionais e com processos altamente complexos; ao desconhecimento da tecnologia e à falta de profissionais capacitados para a implementação das modificações necessárias. Entretanto, tais barreiras estão sendo transpostas devido à diversidade de benefícios proposta pela tecnologia em questão. Com a globalização e a integração tecnológica, a adequação das empresas às novas tecnologias faz-se cada vez mais necessária.

Até agosto de 2021 a Bitcoin e a Ethereum se apresentaram como as criptomoedas mais conhecidas e difundidas mundialmente. Contudo, existem milhares de Altcoins, que são chamadas assim por serem moedas alternativas à Bitcoin. Muitas delas foram criadas usando como base os preceitos do Bitcoin. Outras também visam aprimorar funcionalidades que, no momento da criação do Bitcoin não eram um problema, como a velocidade das transações. Assim que foi criada, as transações em Bitcoin eram validadas em poucos segundos. No entanto, com o aumento exponencial de usuários na rede, atualmente as transações em Bitcoin levam cerca de 5 a 26 minutos para serem processadas e validadas (BLOCKCHAIN, 2021b). Este é um inconveniente que faz muita diferença em transações realizadas por meio digitais. Um exemplo aplicável ao mundo real e que certamente você já vivenciou é a desagradável sensação gerada quando a validação de um pagamento pelo cartão de crédito demora mais do que 10 segundos para ser efetuado em compras online ou presenciais utilizando máquinas de cartão. Parece pouco tempo, mas, na prática, gera incômodo ao usuário. A performance sob o aspecto de agilidade nas transações é apenas um dos fatores motivadores para a criação de Altcoins. Mesmo com esses inconvenientes de performance e com os aspectos desconfortáveis para as polícias do mundo inteiro no que se refere à investigação de crimes que envolvem principalmente a lavagem de dinheiro, desde de 2010, ano em que houve a primeira transação usando Bitcoins, ela foi a gênese da criação de outras tecnologias que estão sendo cada vez mais utilizadas e aceitas globalmente. Isso certamente contribuiu com o fato de que a Bitcoin se encontra

na primeira posição em popularidade e valor total de mercado que, à data de 6 agosto de 2021, atinge a marca de 800 bilhões de dólares com 46,25% de dominância de mercado (COIN MARKET CAP, 2021b). Ela é a criptomoeda de maior aceitação global desde o seu lançamento, nunca tendo perdido a primeira posição no ranking no período entre 2008 a 2021. A Ethereum aparece logo em seguida, ocupando a 2ª posição com 19,50% de dominância dentre as transações em criptomoedas e com valor de mercado de 337 bilhões de dólares (COIN MARKET CAP, 2021c). Assim, a Bitcoin e a Ethereum correspondem juntas a 65,75% das transações de criptomoedas realizadas na internet em todo o mundo. É importante salientar que os valores e percentuais expostos acima foram obtidos em uma consulta realizada no dia 6 de agosto de 2021 para enriquecer esta pesquisa e parametrizar de forma sólida os conceitos abordados. Para referência atual, é indispensável que se acesse os dados atualizados devido a dinâmica de volatilidade característica da tecnologia. Todos os dados podem ser consultados em www.coinmarketcap.com.

7.1 Análise comparativa de criptomoedas: aspectos legais

O primeiro país do mundo a legalizar o uso do Bitcoin foi El Salvador. O projeto de lei contou com 62 dos 84 votos possíveis em seu Congresso e foi aprovado em junho de 2021. Neste caso, além do dólar, que já era a moeda oficial do país desde 2001, as empresas de todo o país devem se adequar para aceitar também o Bitcoin como pagamento de bens e serviços.

Regulamentação e a permissão de uso são as práticas mais comuns aplicadas pelos países ao longo do globo em relação à Bitcoin e Altcoins. Nesse quesito, o Brasil tem se posicionado por meio de seus órgãos de controle de forma neutra com relação ao uso de criptomoedas. Roberto Campos Neto, economista e atual presidente do Banco Central do Brasil, afirmou em maio de 2021 que regulamentar o Bitcoin no Brasil seria uma medida irrelevante devido a sua natureza descentralizada. Ele disse, ainda, que o networking que permeia a criptomoeda pode melhorar o sistema financeiro, visto que é uma tecnologia inovadora (IG, 2021).

O bitcoin não tem regulamentação específica no país, mas não é ilegal. Brasileiros não só podem possuir e negociar criptomoedas no mercado, como também devem declarar ganhos com o investimento dependendo do valor mensal movimentado. Em 2021, a Receita Federal, inclusive, criou códigos específicos para utilizar na Declaração de Imposto de Renda, estabelecendo distinções entre bitcoin, altcoins (como é chamada a maioria das demais criptos) e stablecoins (criptomoedas com valor fixado ao preço de uma moeda fiduciária, como o real). Para a Receita, o bitcoin e outras criptomoedas são equiparadas a ativos financeiros, por isso a exigência em informar a posse a partir de R\$ 5.000 pelo preço de aquisição, além de declarar ganho de capital do que exceder R\$ 35 mil mensais em vendas ou alienações, segundo disposto na Instrução Normativa 1.888, que entrou em vigor em agosto de 2019. (CNN, 2021a).

Diferentemente do posicionamento neutro em relação às criptomoedas, os órgãos oficiais do Brasil tem se posicionado de forma completamente favorável ao uso de tecnologias baseadas em blockchain, pois podem ser utilizadas para o desenvolvimento de plataformas de uso proprietário a fim de oferecer serviços mais eficientes à população. Uma prova disso é o Decreto 10.332/2020, que institui as estratégias de Governo Digital para o período de 2 anos e prevê em seu Objetivo 8 os seguintes tópicos:

Iniciativa 8.3. Disponibilizar, pelo menos, nove conjuntos de dados por meio de soluções de blockchain na administração pública federal, até 2022.

Iniciativa 8.4. Implementar recursos para criação de uma rede blockchain do Governo federal interoperável, com uso de identificação confiável e de algoritmos seguros. (BRASIL, 2020).

O Serpro (Serviço Federal de Processamento de Dados) é uma empresa pública vinculada ao Ministério da Economia que desenvolve soluções tecnológicas para o Governo Federal. Fazendo jus ao Decreto 10.332/2020, no mesmo ano eles lançaram o bConnect, que é uma rede blockchain desenvolvida pelo Serpro para a Receita Federal do Brasil que viabiliza a troca de informações aduaneiras entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. O uso do sistema garante a interoperabilidade de uma atividade fundamental para as operações de comércio exterior entre o Brasil e outros países. Para viabilizar este serviço, o governo brasileiro publicou no Art. 562, inciso IV do Decreto 10.550/2020 o seguinte texto, que autoriza “formas de assinatura mecânica ou eletrônica, permitida a confirmação de autoria e autenticidade do documento, inclusive na hipótese de utilização de blockchain”. A pertinência do uso de ferramentas desse tipo é tão grande que os desenvolvedores da tecnologia desenvolvida pelo Serpro receberam um convite do programa americano de segurança Customs-Trade Partnership Against Terrorism (CTPAT) para apresentar o bConnect (SERPRO, 2020).

Outro serviço que já está disponível para a população brasileira é o de e-Notariado, uma plataforma online baseada em blockchain que foi desenvolvida pelo ente que representa os cartórios brasileiros, o Conselho Federal do Colégio Notarial do Brasil (NOTARIADO, 2019). A blockchain de serviços notariais chama-se Notarchain e já estava em atividade quando a pandemia do COVID-19 obrigou empresas e governos a fecharem as portas para o atendimento presencial. Certamente, isso acelerou a ampliação da gama de serviços oferecidos pelo e-Notariado, visto que em maio de 2020 o Conselho Nacional de Justiça emitiu o Provimento 100/2020, documento que contém diversos serviços que foram adaptados para as plataformas digitais. As iniciativas do poder público brasileiro são recentes, mas bastante incisivas e efetivas, com serviços prontos para servir a população e previsões legais para ampliar ainda mais os serviços públicos baseados em blockchain.

No âmbito da iniciativa privada as articulações começaram bem antes. Algumas corretoras brasileiras que negociam criptoativos se juntaram e fundaram em 2017 a Associação Brasileira de Criptoeconomia. A ABCripto criou um documento chamado de

Código de Conduta e Autorregulação para dizer que este “é um conjunto de regras que ajudará na organização e padronização das práticas de Conduta e de Prevenção à Lavagem de Dinheiro entre as empresas do mercado.” (ABCRIPTO, 2021). Uma de suas conselheiras, Julieti Brambila, diretora jurídica de uma fintech do setor de criptomoedas, diz que “é importante pontuar que o mercado, embora não tenha um órgão supervisor, não está desamparado. Hoje temos exchanges com cooperação articulada com instituições financeiras contra fraudes, com o COAF e autoridades policiais[...]” (CNN, 2021a).

O Brasil tem estado em uma confortável posição de adaptação à nova tecnologia que utiliza a blockchain para validar transações. O país está se adaptando bem às mudanças tecnológicas relacionadas tanto ao mercado financeiro como às tecnologias que utilizam modernas técnicas de criptografia para inovar na forma como os negócios são estabelecidos entre empresas e governos. Enquanto alguns países aprovam e se adaptam, outros proíbem expressamente o uso interno da moeda, como a Coreia do Sul, Nepal, Argélia, Nigéria, Equador, Bolívia e Turquia (YAHOO FINANÇAS, 2021). O governo da China também tem adotado uma postura proibitiva em relação à mineração e, conseqüentemente, ao uso de criptomoedas no país. Especialistas financeiros chineses afirmam que a medida pode ser uma tentativa do governo de evitar uma possível competição do Bitcoin com sua própria moeda digital. No entanto, o governo afirma que “as criptomoedas perturbam a ordem econômica e facilitam transferências ilegais de ativos e lavagem de dinheiro.” (CNN, 2021b).

É indiscutível que a segurança promovida pela criptografia oferece uma amarga contrapartida: o anonimato no financiamento de práticas criminosas. Este cenário é bastante desafiador para as forças policiais e órgãos de inteligência mundiais. Todavia, a adaptação dos órgãos investigativos, dos serviços governamentais e das atividades das empresas faz-se necessária, visto que crimes também são cometidos utilizando as moedas fiduciárias. Os problemas temidos não foram criados pelas novas tecnologias, eles foram apenas migrados de ambiente, assim como as operações benéficas às pessoas (como as apresentadas nesta pesquisa) também estão sendo adaptadas ao novo cenário digital. Antes do surgimento das criptomoedas a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo já existiam. É evidente que a Era digital potencializa os efeitos de tudo, pois as fronteiras na internet não existem. Contudo, é importante ponderar que as moedas, sejam elas fiduciárias ou digitais, são neutras. As criptomoedas representam a digitalização das formas de fazer transações monetárias, mas, definitivamente, não são as responsáveis pelos comportamentos inadequados e criminosos de seus usuários. A evolução humana sempre trouxe benefícios e desafios, bônus e ônus. Mais do que o desafio da adequação tecnológica, deve-se começar a pensar em formas de trabalhar a conduta humana no sentido de que o crime seja combatido em sua real origem: a mente de quem o planeja.

REFERÊNCIAS

ABCRIPTO, 2021. **Autorregulação**. Disponível em: <https://www.abcripto.com.br/autorregulacao-abcripto>. Acesso em: 06/08/2021.

BALDUCCINI, Bruno, 2014. **Prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo**. ABRANET – Associação Brasileira de Internet. Banco Central do Brasil. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pom/spb/seminarios/2014_SemArranjos/PrevencaoLavagemDinheiroAbranet.PPT. Acesso em: 06/08/2021.

BLOCKCHAIN, 2021a. **Blocos**. Disponível em: <https://www.blockchain.com/btc/blocks>. Acesso em: 05/08/2021.

BLOCKCHAIN, 2021b. **Tempo mediano de confirmação**. Disponível em: <https://www.blockchain.com/charts/median-confirmation-time>. Acesso em: 06/08/2021.

BNDES, 2018. **Fórum BlockchainGov - Contribuições da blockchain para a transformação digital dos governos**. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/seminarios/blockchaingov>. Acesso em: 06/08/2021.

BRASIL, 2020. **Decreto nº 10.332**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10332.htm. Acesso em: 06/08/2021.

CNN Brasil, 2021a. **Bitcoin é legal? Saiba mais sobre a regulamentação das criptomoedas**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2021/06/08/bitcoin-e-legal-saiba-mais-sobre-a-regulamentacao-das-criptomoedas>. Acesso em: 06/08/2021.

CNN Brasil, 2021b. **China: Proibição faz mineradores de bitcoin buscarem refúgio no exterior**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2021/06/25/china-proibicao-faz-mineradores-de-bitcoin-buscarem-refugio-no-exterior>. Acesso em: 06/08/2021.

COIN MARKET CAP, 2021a. **Currencies**. Disponível em: <http://coinmarketcap.com/currencies/views/all/>. Acesso em 06/08/2021.

COIN MARKET CAP, 2021b. **Bitcoin**. Disponível em: <https://coinmarketcap.com/currencies/bitcoin>. Acesso em: 06/08/2021.

COIN MARKET CAP, 2021c. **Ethereum**. Disponível em: <https://coinmarketcap.com/currencies/ethereum>. Acesso em: 06/08/2021.

EBC, 2021. **Brasil deverá ter moeda digital emitida pelo Banco Central**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-05/brasil-devera-ter-moeda-digital-emitida-pelo-banco-central>. Acesso em: 08/08/2021.

E-GOLD, 2021. **Corporate history, Directors**. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/E-gold>. Acesso em: 06/08/2021.

EMARKETER, 2021. **Here are the countries with the fastest ecommerce growth in 2020**. <https://www.emarketer.com/content/countries-with-fastest-ecommerce-growth-2020>. Acesso em 06/08/2021.

ETHEREUM, 2021. **O que é a Ethereum?** Disponível em: <https://ethereum.org/pt-br/what-is-ethereum>. Acesso em: 06/08/2021.

IBM, 2021. **O que é a tecnologia blockchain?** Disponível em: <https://www.ibm.com/br-pt/topics/what-is-blockchain>. Acesso em: 05/08/2016.

IG, 2021. **Presidente do Banco Central afirma que regularizar bitcoin é irrelevante.** Disponível em: <https://economia.ig.com.br/1bilhao/2021-05-26/presidente-do-banco-central-afirma-que-regularizar-bitcoin-e-irrelevante.html>. Acesso em 06/08/2021.

INFOMONEY, 2021. **Faturamento das vendas online cresce 41% no Brasil em 2020.** Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/negocios/faturamento-das-vendas-online-cresce-41-no-brasil-em-2020-veja-5-tendencias-vencedoras/>. Acesso em 06/08/2021.

FORBES, 2020a. **Blockchain 50: as maiores empresas que adotam a tecnologia.** <https://forbes.com.br/listas/2020/02/blockchain-50-as-maiores-empresas-que-adotam-a-tecnologia>. Acesso em: 06/08/2021.

FORBES, 2020b. **El Salvador faz história como o primeiro país do mundo a legalizar o bitcoin.** <https://forbes.com.br/forbes-money/2021/06/el-salvador-faz-historia-como-o-primeiro-pais-do-mundo-a-legalizar-o-bitcoin>. Acesso em: 06/08/2021.

MONEY TIMES, 2021. **Há 11 anos, duas pizzas foram compradas por 10 mil BTC, agora equivalentes a US\$ 377 milhões.** Disponível em: <https://www.moneytimes.com.br/ha-11-anos-duas-pizzas-foram-compradas-por-10-btc-agora-equivalentes-a-us-377-milhoes>. Acesso em 06/08/2021.

NOTARIADO, 2019. **Plataforma e-notariado integra o tabelião à era digital – conheça as funcionalidades do backup em nuvem e notarchain.** Disponível em: <https://www.notariado.org.br/plataforma-e-notariado-integra-o-tabeliao-a-era-digital-conheca-as-funcionalidades-do-backup-em-nuvem-e-notarchain>. Acesso em 06/08/2021.

SERPRO, 2020. **Tecnologia de blockchain do Serpro é referência para programa de segurança americano.** Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2020/tecnologia-blockchain-serpro-referencia-seguranca-americano>. Acesso em: 06/08/2021.

YAHOO FINANÇAS, 2021. **Lista mostra 11 países que baniram criptomoedas.** Disponível em: <https://br.financas.yahoo.com/noticias/lista-mostra-11-pa%C3%ADses-que-123800287.html>. Acesso em: 06/08/2021.

O CÓDIGO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL LUSITANO: UM ESTUDO COMPARADO COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO DE PATENTES

Data de aceite: 01/11/2021

Data de submissão: 26/07/2021

Marcelo Salles da Silva

Universidade Anhanguera – UNIAN
São Paulo, SP
<https://orcid.org/0000-0001-9202-9860>

Daniela Palhuca do Nascimento Queiroz

Universidade Anhanguera – UNIAN
São Paulo, SP
<https://orcid.org/0000-0002-7805-0433>

Fernando Portel Cabrera

Universidade Anhanguera – UNIAN
São Paulo, SP
<https://orcid.org/0000-0002-9744-5027>

Márcio Luiz dos Santos

Universidade Anhanguera – UNIAN
São Paulo, SP
<https://orcid.org/0000-0002-6607-1640>

RESUMO: O trabalho teve como objetivo o estudo comparativo dos institutos jurídicos do licenciamento compulsório de patentes de invenção, também conhecido como quebra de patentes. A pesquisa é exploratória explicativa, com abordagem qualitativa. O método adotado é a revisão bibliográfica narrativa e a análise documental. A revisão bibliográfica consistiu na análise e alinhamento dos principais estudos acadêmicos que abordem direta ou indiretamente o objeto da pesquisa; e a análise documental consistiu no estudo de documentos públicos, quais

sejam, a Lei de Propriedade Industrial brasileira e o Código de Propriedade Industrial português, especificamente na forma como esses países implementaram em suas legislações domésticas a regulação do licenciamento compulsório das patentes por orientação internacional do Acordo de TRIPS, possibilitando a análise comparativa das legislações objeto da pesquisa. O estudo possibilitou traçar identidades entre a legislação brasileira e a legislação portuguesa de proteção da propriedade industrial, no que concerne ao licenciamento compulsório de patentes de invenção.

PALAVRAS-CHAVE: Licenciamento compulsório. Quebra de patentes. Propriedade industrial. Legislação portuguesa.

THE LUSITANO INDUSTRIAL PROPERTY CODE: A STUDY COMPARED TO THE BRAZILIAN LEGISLATION ON COMPULSORY LICENSING OF PATENTS

ABSTRACT: The work had as objective the comparative study of the legal institutes of compulsory licensing of invention patents, also known as patent breaking. The research is exploratory and explanatory, with a qualitative approach. The method adopted is the narrative bibliographic review and document analysis. The literature review consisted of the analysis and alignment of the main academic studies that directly or indirectly address the object of research; and the document analysis consisted of the study of public documents, namely, the Brazilian Industrial Property Law and the Portuguese Industrial Property Code, specifically

in the way in which these countries implemented in their domestic legislation the regulation of compulsory licensing of patents by international orientation of the TRIPS agreement, enabling the comparative analysis of the legislations object of the research. The study made it possible to trace identities between Brazilian legislation and Portuguese legislation for the protection of industrial property, with regard to the compulsory licensing of invention patents.

KEYWORDS: Compulsory licensing. Breach of patents. Industrial property. Portuguese legislation.

1 | INTRODUÇÃO

A colonização portuguesa trouxe ao Brasil fortes laços de identificação cultural entre as duas sociedades. A legislação portuguesa foi aplicada no Brasil Colônia por muito tempo, criando também, forte influência da legislação portuguesa no Brasil (COSTA; CRUBELATI; LEMES; MONTAGNOLI, 2011).

As Ordenações Filipinas, promulgadas em Portugal em 1603, vigoraram no Brasil até o início do século XIX, assim teve grande “importância para a experiência brasileira, tanto no período colonial como nas primeiras décadas do Império” (LARA *apud* COSTA *et al*, 2011: pág. 2.191). Durante a colonização portuguesa no Brasil as questões de natureza civil e comercial, portanto eram reguladas pela Ordenações Filipinas até a entrada em vigor do Código Civil brasileiro de 1916 (ALMEIDA, 2016).

Entre os catorze países signatários, Brasil e Portugal assinaram a Convenção da União de Paris (1883) e que foi revisada em Estocolmo (1967), responsável pela formação de um Sistema Internacional de Proteção à Propriedade Industrial, permitindo assim que as inovações, os modelos de utilidade, os desenhos industriais e as marcas recebessem proteção no mercado internacional, oferecendo garantias jurídicas aos seus proprietários. Tal proteção jurídica, é de extrema relevância para existência de garantias com a unificação de mercados internacionais, nos blocos econômicos (SILVA, 2020).

A intimidade histórico-legislativa entre Brasil e Portugal desperta interesse acadêmico em reconhecer, epistemologicamente, a identidade legislativa assumida, ao longo dos tempos, por cada um dos países em um instituto tão importante para o desenvolvimento econômico, como é a patente sobre invenções com aplicação industrial.

Desta forma, o presente estudo tem como objetivo principal o estudo da propriedade industrial, com recorte em um dos seus institutos jurídicos mais polêmicos, o licenciamento compulsório de propriedades patenteadas no Brasil e em Portugal.

2 | MATERIAL E MÉTODOS

A pesquisa é exploratória explicativa, com abordagem qualitativa. O método adotado é a revisão bibliográfica narrativa e a análise documental. A revisão bibliográfica consistiu na análise e alinhamento dos principais estudos acadêmicos que abordem direta ou indiretamente o objeto da pesquisa, assim considerando estudos disponíveis nas bases

Ebsco, Portal Capes, Scielo, Google academic.

Para a realização de busca e coleta de dados dos estudos que subsidiaram a presente pesquisa a terminologia utilizada na busca foram aquelas utilizadas como palavras-chave, a saber: “Licenciamento compulsório”, “Quebra de patentes”, “Propriedade industrial” e “Legislação portuguesa”.

Os estudos foram identificados pela estratégia de busca, de acordo com os títulos e resumos apresentados, foram procedidas as exclusões de alguns estudos por atualidade e incompatibilidade com o objeto deste estudo; os estudos selecionados foram analisados na sua íntegra para subsidiar a construção desta pesquisa, Figura 1.

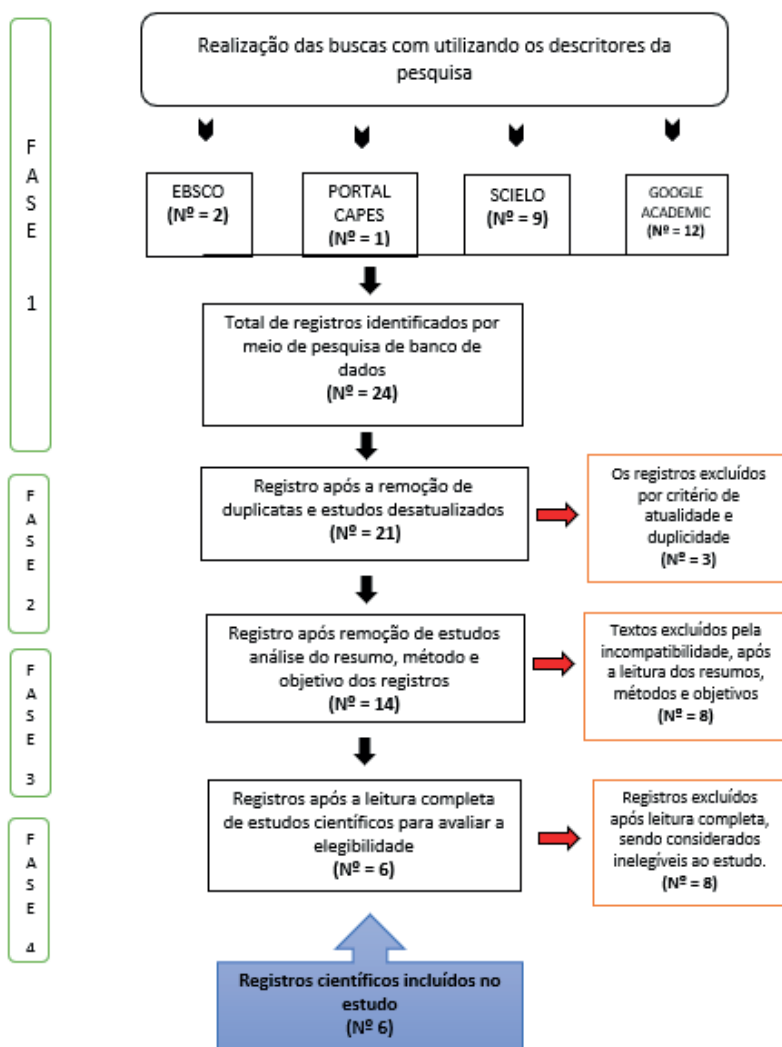


Figura 1 – Demonstração do critério de busca e seleção da bibliografia

Fonte: própria

A análise documental, por sua vez, consistiu em análise interpretativa e explicativa de textos legais aplicáveis à propriedade industrial no ordenamento jurídico brasileiro e no ordenamento jurídico português, utilizando-se de técnicas de construção hermenêutica jurídica e de compreensão da hierarquia interpretativa das leis.

O método adotado pela pesquisa, não apresenta exigências previstas na Resolução CNS nº 466/12 (BRASIL, 2012), dispensando, portanto, a submissão ao Comitê de Ética em Pesquisas (CEP/CONEP).

3 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

A Convenção da União de Paris, que foi recepcionada pelo Acordo de TRIPS, mantém atualmente disposições internacionais de proteção da propriedade industrial. O Protocolo Internacional de Emenda ao Acordo de TRIPS celebrado em 06 de dezembro de 2005, faz a previsão e orientação aos países para a criação de uma política de licenciamento compulsório de patentes, em especial relacionada ao interesse público sobre fármacos, em proteção da saúde pública mundial e dos direitos humanos.

Os países signatários, que ratificaram do Acordo TRIPS assumiram compromisso em garantir os direitos de propriedade, ou seja, incorporarão as regras internacionalmente estabelecidas às suas legislações internas de forma a garantir os direitos de propriedades sobre invenções (CAMPOS, 2008).

Entre os compromissos assumidos no Acordo Internacional de TRIPS, os países acordaram a regulação de condições para o licenciamento de patentes, ou seja, situações em que a legislações dos países permitirão a suspensão temporária da exclusividade de exploração de uma patente pelo seu titular, podendo terceiros explorá-la economicamente.

Em Portugal, a regulação da propriedade industrial foi implementada pelo atual Código da Propriedade Industrial. Na Secção IV do código português, em especial, em seus artigos 106 ao 113 está regulada as condições de utilização de patentes concedidas por Portugal, inclusive a previsão e hipóteses de licenciamento compulsório.

O licenciamento compulsório, também tratado pelo Código de Propriedade Industrial português como perda ou expropriação de patentes, estabelece que qualquer patente pode ser expropriada por utilidade pública, mediante o pagamento de justa indenização ao seu titular, se houver a necessidade de vulgarização da invenção (PORTUGAL, 2018). O ordenamento jurídico português prevê como hipóteses de perda ou expropriação de patentes sobre invenções, a ausência de exploração econômica; assim o titular tem a obrigação de explorar a invenção, a contar do prazo máximo de quatro anos do pedido de patente ou de três anos da concessão, sempre aplicando o prazo mais longo. (PORTUGAL, 2018).

A expropriação de patentes, no território português, ainda terá aplicação nas hipóteses de falta ou insuficiência de exploração, nos casos de dependência entre patentes;

e, também na existência de motivos de interesse público, sendo que a licença por interesse público será conferida por despacho do membro do Governo (PORTUGAL, 2018).

A orientação internacional construída pelo Acordo de TRIPS, também foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil, a Lei de Propriedade Industrial brasileira é a norma jurídica responsável pela regulamentação dos direitos de propriedade sobre inventos com aplicação industrial; e ainda, regula um mecanismo jurídico de repressão a concorrência desleal (BRASIL, 1996).

O licenciamento compulsório no Brasil é regulado pelos artigos 68 ao artigo 74 da Lei de Propriedade Industrial. A legislação brasileira condiciona a perda de patente em casos de abuso do direito ou por abuso de poder econômico praticado pelo titular da patente (BRASIL, 1996; SILVA, 2021).

A falta de fabricação, ou mesmo a fabricação incompleta do produto relacionado a patente, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado ensejará a perda da patente; e, também quando a comercialização não satisfizer às necessidades do mercado brasileiro (BRASIL, 1996).

A Lei de Propriedade Industrial brasileira prevê o licenciamento compulsório em casos de patente dependente, mas impõe condições para a sua concessão; a patente dependente deverá constituir substancial progresso técnico em relação a patente anterior e ainda, deverá ficar caracterizada a resistência do titular da patente principal em permitir a exploração da sua patente, negando-se a realizar acordo (BRASIL, 1996). Seguindo a orientação internacional, o Brasil ainda prevê a hipótese de declarar a perda de patente, em casos de emergência nacional ou interesse público, desde que o titular do direito não atenda a necessidade da sociedade brasileira (BRASIL, 1996; SILVA, 2021).

A perda da propriedade sobre patentes concedidas, tendo como motivação a emergência nacional ou o interesse público amolda-se a previsão constitucional de que as propriedades deverão atender as suas finalidades sociais (BRASIL, 1988):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social

Desta forma, a recepção do Acordo de TRIPS pelo ordenamento jurídico brasileiro é harmonioso com a regulação constitucional brasileira; denota-se que a propriedade industrial permite a exploração econômica pelo seu titular, mas tal proteção objetiva estimular o desenvolvimento social e econômico brasileiro, em real atendimento do interesse social.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código da Propriedade Industrial e a Lei de Propriedade Industrial, normas jurídicas que objetivam regular a propriedade industrial, respectivamente, em Portugal e no Brasil, nasceram por orientação do Acordo Internacional de TRIPS. Assim, as normas recepcionadas pela sociedade portuguesa e brasileira, nascem por orientação comum, o que originou forte identidade entre elas; em especial, ao objeto analisado pela pesquisa; ou seja, o licenciamento compulsório de patentes.

Em ambas as legislações o licenciamento compulsório da patente concedida poderá ocorrer em hipóteses comuns, quais sejam: nos casos de interesse público; ou quando houver ausência de exploração econômica da patente; ou para possibilitar o desenvolvimento de patentes dependentes de interesse do país; ou quando a fabricação for incompleta ou existir uma comercialização que não atenda às necessidades da sociedade. Desta forma, observou-se que, o fato de nascerem da mesma orientação internacional permitiu a edição de normas muito coincidentes.

A legislação brasileira, no entanto, prevê uma hipótese não existente, expressamente, na legislação portuguesa que é a perda da patente pelo abuso do exercício do direito de propriedade; ou pelo abuso de poder econômico, exercido pelo titular da propriedade em detrimento da sociedade brasileira.

Por outro lado, um elemento bastante interessante na legislação portuguesa é o prazo determinado em lei, para que o titular da patente explore economicamente a invenção, a contar do prazo máximo de quatro anos do pedido de patente ou de três anos da sua concessão, assegurando sempre a aplicação do prazo mais longo, sob pena de perder direito sobre a sua patente de invenção.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Anhanguera de São Paulo – UNIAN.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, B. F. **As relações poliafetivas no Brasil: constitucionalidade da sua situação jurídica a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. 2016. 176 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Rio Grande do Norte, 2016. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/24271/1/Rela%c3%a7%c3%b5esPoliafetivasBrasil_Almeida_2016.pdf

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União – Seção 1, Brasília, DF, página 1, 5out1988.

_____. **Convenção da União de Paris. Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Industrial**. 20mar1883. Disponível: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/cup.pdf>.

_____. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União - Seção 1, Brasília, DF, página 8353, 15mai1996.

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução n. 466, de 12 de dezembro de 2012.** Aprova diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12dez2012.

CAMPOS, T. L. C. **Uma avaliação do efeito institucional sobre o comportamento dos Estados membros da OMC a partir da análise da convergência e divergência nas negociações do Gatt, Gats e Trips.** Rev. Brasileira de Política Internacional. vol. 51, nº 2. Brasília, July/Dec. 2008. Disponível: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292008000200008>

COSTA, C. J.; CRUBELATI, A. M.; LEMES, A. R. B.; MONTAGNOLI, G. A. **História do Direito Português no período das Ordenações Reais.** In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE HISTÓRIA, 5., 2011, Maringá. Anais do V Congresso Internacional de História. Universidade Estadual de Maringá, 2011. p. 2191-2198. DOI:10.4025/5cih.pphuem.2106

PORTUGAL. **Código da Propriedade Industrial** (2018). Decreto-Lei nº 110/2018, de 10 de dezembro 2018. Disponível em: <https://aopi.pt/a106.html>

SILVA, M. S., SILVA, A. L. R., SANTOS, M. L., ABRANTES, M. L. F., MARTINS, A. P., ZAFFANI, A. R. **Lei de propriedade industrial: uma análise das inovações brasileiras depositadas no Instituto Nacional da Propriedade Industrial no período de 2000 a 2017.** Revista Fatec Sebrae em Debate: Gestão, Tecnologias e Negócios, Vol. 07, N 12, Jan-Jun, 2020. ISSN: 2358-9817.

SILVA, M. S., SANTOS, M. L., CASTRO, A. E. A. **Limites Jurídicos da Proteção da Propriedade no Setor Farmacêutico.** Veredas Revista Interdisciplinar de Humanidades, v. 3, n. 6, p. 174-195, dez./jun. 2020-2021. ISSN: 2595-3508

SOBRE O ORGANIZADOR

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879.

ÍNDICE REMISSIVO

C

Ciências jurídicas 33

Comércio internacional 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 127

Conciliação 67, 73, 74, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176

Constelação familiar 67, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 75

Contratos 22, 52, 92, 101, 162, 170, 209, 210, 211, 212, 213, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 226, 229, 230, 231

Coparentalidade responsável 45, 46, 49, 50, 52, 55

COVID-19 106, 107, 109, 110, 111, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 132, 135, 136, 137, 138, 141, 142, 146, 155, 157, 158, 167, 168, 169, 171, 174, 175, 179, 184, 225, 234

Credor fiduciário 90, 91, 92, 94, 95, 97, 99, 100, 101, 102, 104

Criptomoedas 224, 225, 226, 227, 228, 229, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237

Crise humanitária 108, 109, 130, 131, 136, 137, 141

Crise sanitária 106, 112, 116, 130, 132, 135, 137, 140, 141

D

Dilemas 68

Direito Civil 8, 17, 32, 34, 38, 43, 44, 48, 58, 66, 223, 245

Direito internacional 105, 119, 122, 128, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 196, 197

Direito tributário 77, 78, 79, 80, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 95, 104

Discricionariedade 81, 105, 111, 112, 113

E

Educação 45, 50, 86, 117, 144, 162, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 245

F

Filiação socioafetiva 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65

I

IPTU 82, 87, 90, 91, 92, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103

L

Legitimidade passiva 90, 91, 92, 95, 98, 99, 100, 101

Licenciamento compulsório 238, 239, 240, 241, 242, 243

Limitações ao poder de tributar 77, 79, 83, 86, 87

M

Maternidade 21, 49, 51, 53, 56, 60, 61, 65, 143, 144, 145, 153, 154, 155, 156

N

Negacionismo 105, 112, 113, 114, 116, 117

P

Pandemia 105, 106, 107, 108, 109, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 120, 122, 124, 125, 127, 128, 130, 132, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 145, 146, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 156, 157, 158, 159, 162, 163, 164, 167, 168, 170, 171, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 181, 182, 184, 187, 188, 225, 234

Patentes 121, 238, 240, 241, 242, 243

Perspectivas 27, 28, 58, 66, 119, 120, 128, 139, 197, 216

Pessoa com deficiência 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18

Processo tributário 4, 77, 87, 88

Propriedade industrial 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244

R

Reconhecimento voluntário 57, 59, 60, 62, 63

Responsabilidade administrativa 105

Responsabilidade civil 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 115, 210, 213, 221, 223

Responsabilidades 45, 46, 116, 152, 209, 218

S

Sistema carcerário 130, 131, 132, 140, 141, 143, 144, 146, 147, 148, 150, 151, 152, 153, 154, 155

Sociedade 14, 15, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 27, 32, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 46, 47, 49, 50, 55, 57, 58, 63, 64, 65, 73, 78, 80, 106, 110, 112, 118, 120, 130, 137, 138, 140, 141, 147, 148, 151, 152, 153, 154, 155, 163, 171, 178, 184, 185, 186, 187, 191, 194, 195, 212, 215, 216, 219, 220, 242, 243

Sonegação fiscal 157, 158, 159, 160, 161, 164, 165, 167, 168

U

União estável 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 48, 60

V

Verdade registral 19, 23

Violência doméstica 59

CIÊNCIAS JURÍDICAS:



Certezas, dilemas e perspectivas 3

Atena
Editora
Ano 2021

www.atenaeditora.com.br 
contato@atenaeditora.com.br 

@atenaeditora 



www.facebook.com/atenaeditora.com.br 

CIÊNCIAS JURÍDICAS:



Certezas, dilemas e perspectivas 3

Atena
Editora
Ano 2021

www.atenaeditora.com.br 
contato@atenaeditora.com.br 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 

www.facebook.com/atenaeditora.com.br 