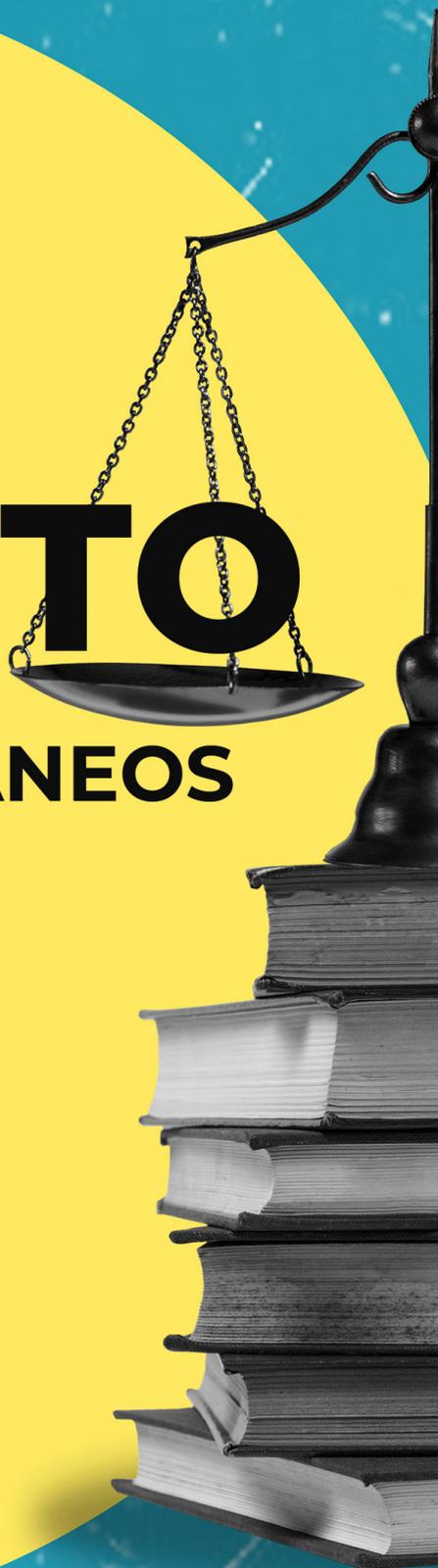


**ADAYLSON WAGNER
SOUSA DE VASCONCELOS**
(ORGANIZADOR)

DIREITO **E DESAFIOS** **CONTEMPORÂNEOS**

**ENTRE JUSTIÇA E
TRANSFORMAÇÃO
SOCIAL**

 **Atena**
Editora
Ano 2025

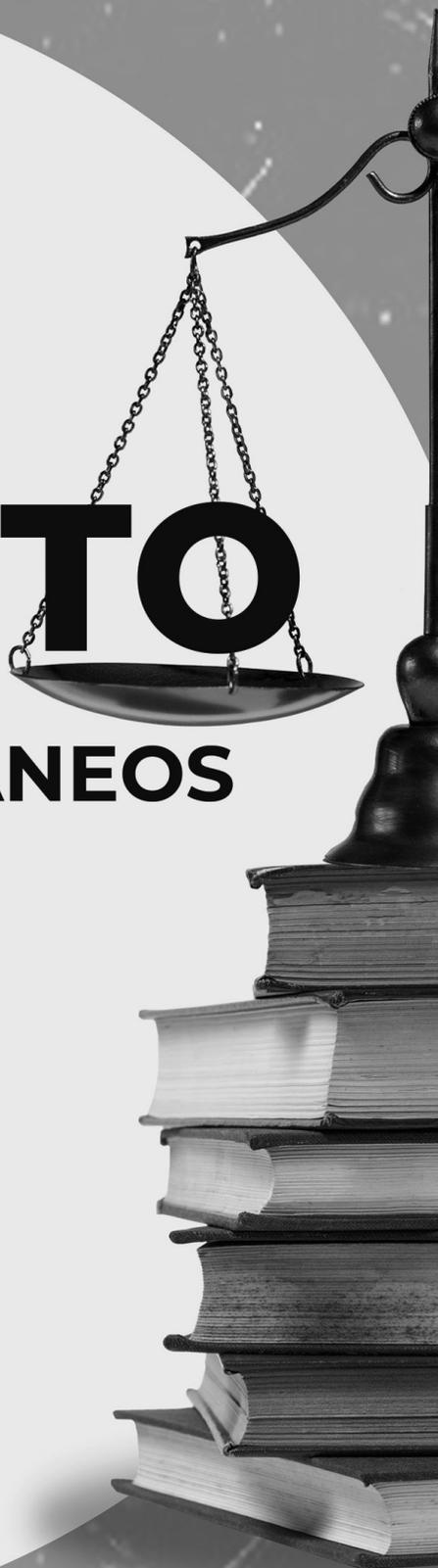


ADAYLSON WAGNER
SOUSA DE VASCONCELOS
(ORGANIZADOR)

DIREITO E DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

ENTRE JUSTIÇA E
TRANSFORMAÇÃO
SOCIAL

 **Atena**
Editora
Ano 2025



Editora chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Editora executiva

Natalia Oliveira

Assistente editorial

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

2025 by Atena Editora

Projeto gráfico

Copyright © Atena Editora

Luiza Alves Batista

Copyright do texto © 2025 O autor

Nataly Evilin Gayde

Copyright da edição © 2025 Atena

Thamires Camili Gayde

Editora

Imagens da capa

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelo autor.

iStock

Edição de arte

Open access publication by Atena

Luiza Alves Batista

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 da obra e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva do autor, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos ao autor, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Os manuscritos nacionais foram previamente submetidos à avaliação cega por pares, realizada pelos membros do Conselho Editorial desta editora, enquanto os manuscritos internacionais foram avaliados por pares externos. Ambos foram aprovados para 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 de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia
 Profª Drª Aline Alves Ribeiro – Universidade Federal do Tocantins
 Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia
 Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
 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
 Profª Drª Caroline Mari de Oliveira Galina – Universidade do Estado de Mato Grosso
 Prof. Dr. Christopher Smith Bignardi Neves – Universidade Federal do Paraná
 Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
 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. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
 Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
 Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná
 Prof. Dr. Joachin de Melo Azevedo Sobrinho Neto – Universidade de Pernambuco
 Prof. Dr. João Paulo Roberti Junior – Universidade Federal de Santa Catarina
 Profª Drª Juliana Abonizio – Universidade Federal de Mato Grosso
 Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
 Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
 Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
 Profª Drª Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre
 Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais
 Profª Drª Marcela Mary José da Silva – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
 Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
 Profª Drª Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande
 Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso
 Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
 Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco
 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 Federal da Bahia
 Universidade de Coimbra
 Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
 Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Direito e desafios contemporâneos: entre justiça e transformação social

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)	
D598	<p>Direito e desafios contemporâneos: entre justiça e transformação social / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2025.</p> <p>Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-258-3185-5 DOI: https://doi.org/10.22533/at.ed.855252103</p> <p>1. Direito. 2. Leis. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDD 340</p>
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 DO AUTOR

Para fins desta declaração, o termo 'autor' será utilizado de forma neutra, sem distinção de gênero ou número, salvo indicação em contrário. Da mesma forma, o termo 'obra' refere-se a qualquer versão ou formato da criação literária, incluindo, mas não se limitando a artigos, e-books, conteúdos on-line, acesso aberto, impressos e/ou comercializados, independentemente do número de títulos ou volumes. O autor desta obra: 1. Atesta não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação à obra publicada; 2. Declara que participou ativamente da elaboração da obra, 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 da obra para submissão; 3. Certifica que a obra publicada está completamente isenta de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirma a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhece ter informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autoriza 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 da obra publicada, 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. A editora pode disponibilizar a obra em seu site ou aplicativo, e o autor também pode fazê-lo por seus próprios meios. Este direito se aplica apenas nos casos em que a obra não estiver sendo comercializada por meio de livrarias, distribuidores ou plataformas parceiras. Quando a obra for comercializada, o repasse dos direitos autorais ao autor será de 30% do valor da capa de cada exemplar vendido; 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. Em conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a editora não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como quaisquer outros dados dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

Em **DIREITO E DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS:ENTRE JUSTIÇA E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL**, uma coletânea composta por dez capítulos que reúne pesquisadores de diversas instituições, apresenta discussões e temas que envolvem uma ampla área do Direito, sob uma perspectiva que abrange questões relevantes da sociedade.

Neste volume, trazemos reflexões que evidenciam essas interações. São debatidas realidades de diferentes sociedades por meio de temas como poder judiciário, tecnologia, extensão, acesso à justiça, controle de constitucionalidade, execução civil, reconhecimento facial, mediação, direito de família, assédio moral, bioética, reforma trabalhista, justiça tributária, capacidade contributiva, sigilo bancário, norma antielisiva, sistema tributário, bem como saneamento, dignidade e ESG.

Convidamos, assim, todos os leitores a dialogar com os estudos apresentados nesta obra.

Desejamos a todos uma leitura proveitosa!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos.

CAPÍTULO 1 1

O NOVO PARADIGMA DO PODER JUDICIÁRIO: O IMPACTO DA TECNOLOGIA NO SISTEMA JUDICIAL

Inácio Jário Queiroz de Albuquerque

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8552521031>

CAPÍTULO 224

NÚCLEO DE PRÁTICAS JURÍDICAS UNIOESTE/PR FRANCISCO BELTRÃO: CONSTRUÇÃO DE MEMÓRIA EXTENSIONISTA DO ACESSO À JUSTIÇA

Daniele Prates Pereira

Manuela Couto de Avila

Jonas Roberto da Silva

Maria Bernadete da Roza

Fernanda Renata Ferreira Bora

Larissa Albergoni de Carvalho

Eduarda Cristina Martins

Tarciane de Oliveira Librelato

Emanuely Gonçalves

Isabela Groff Migliorini

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8552521032>

CAPÍTULO 345

O PROJETO DE LEI Nº 6.204/2019 E OS EVENTUAIS OBSTÁCULOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CIVIL NO BRASIL

Yago Queiroz dos Santos

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8552521033>

CAPÍTULO 456

PROVA DEPENDENTE DA MEMÓRIA: UMA ANÁLISE DO RECONHECIMENTO PESSOAL À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Bruno José Iop

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8552521034>

CAPÍTULO 564

DA MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA: SUA IMPORTÂNCIA TRANSFORMATIVA NOS DESAFETOS FAMILIARES

Beatriz Scherpinski Fernandes

Franciele Barbosa Santos

Isabela Nabas Schiavon

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8552521035>

CAPÍTULO 6 81

ASSÉDIO MORAL E BIOÉTICA: UMA ALTERNATIVA MORAL PARA A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS SUBTRAÍDOS PELA REFORMA TRABALHISTA

Marisa Augusta de Oliveira

Adriana da Silva Batista

Marisa Palácios da Cunha e Melo e Almeida Rego

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8552521036>

CAPÍTULO 798

JUSTIÇA TRIBUTÁRIA E A DESIGUALDADE NO BRASIL: SINAIS DE DESRESPEITO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Manoel Cícero Squiapati Seragini Gonzalez

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8552521037>

CAPÍTULO 8121

SIGILO BANCÁRIO E A NORMA ANTELISIVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Cecília de Souza Viana Barros

Ana Márcia Paulino da Silva

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8552521038>

CAPÍTULO 9 172

O PAPEL DOS BANCOS NA CONSTRUÇÃO DA DESIGUALDADE E SUA INTERAÇÃO COM O SISTEMA TRIBUTÁRIO

Manoel Cícero Squiapati Seragini Gonzalez

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8552521039>

CAPÍTULO 10..... 197

SANEAMENTO, DIGNIDADE E ESG: DESAFIOS E CAMINHOS PARA A UNIVERSALIZAÇÃO NO MARANHÃO

Natalie Maria de Oliveira de Almeida

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.85525210310>

SOBRE O ORGANIZADOR 210

ÍNDICE REMISSIVO211

O NOVO PARADIGMA DO PODER JUDICIÁRIO: O IMPACTO DA TECNOLOGIA NO SISTEMA JUDICIAL

Data de submissão: 07/02/2025

Data de aceite: 05/03/2025

Inácio Jário Queiroz de Albuquerque

UNIPÊ – Centro Universitário de João

Pessoa

Especialização em Gestão Jurisdicional
de Meios E Fins

RESUMO: Este artigo aborda as principais transformações no Poder Judiciário e o impacto das mudanças tecnológicas, sociais e políticas no sistema judicial. Discute a digitalização, o uso de inteligência artificial (IA) e big data para otimização de processos, e a implementação de alternativas à justiça tradicional, como mediação e justiça restaurativa. Explora também a crescente judicialização da política, o ativismo judicial e a sensibilidade do Judiciário às questões de direitos humanos, minorias e sustentabilidade ambiental. O artigo destaca ainda a globalização do direito, a integração de sistemas jurídicos internacionais e o papel crescente das normas globais nas decisões judiciais. O texto propõe uma reflexão sobre o futuro do Judiciário, enfatizando a importância de sua adaptação aos novos tempos, com foco na eficiência, acessibilidade e justiça social, visando um sistema mais inclusivo,

imparcial e comprometido com os direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário, digitalização, inteligência artificial, justiça restaurativa, judicialização da política, globalização do direito, eficiência, acessibilidade, equidade.

ABSTRACT: This article addresses the main transformations in the Judiciary and the impact of technological, social and political changes on the judicial system. It discusses digitalization, the use of artificial intelligence (AI) and big data to optimize processes, and the implementation of alternatives to traditional justice, such as mediation and restorative justice. It also explores the growing judicialization of politics, judicial activism and the Judiciary's sensitivity to issues of human rights, minorities and environmental sustainability. The article also highlights the globalization of law, the integration of international legal systems and the growing role of global standards in judicial decisions. The text proposes a reflection on the future of the Judiciary, emphasizing the importance of its adaptation to the new times, with a focus on efficiency, accessibility and social justice, aiming for a more inclusive, impartial system

committed to fundamental rights.

KEYWORDS: Judiciary, digitalization, artificial intelligence, restorative justice, judicialization of politics, globalization of law, efficiency, accessibility, equity.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa o novo paradigma do Poder Judiciário no Brasil, considerando sua modernização e o impacto que esta tem no acesso à justiça e na sociedade. O estudo reflete sobre as transformações estruturais e tecnológicas do Judiciário, com o objetivo de superar a morosidade processual e garantir maior eficácia na tutela dos direitos dos cidadãos. A partir de uma análise crítica dos principais desafios enfrentados pelo Judiciário, aborda-se a relação entre o Judiciário e a sociedade, destacando as melhorias esperadas em termos de eficiência, transparência e acesso universal à justiça.

O conceito de “novo paradigma” refere-se a uma mudança significativa nas formas de pensar, agir e organizar determinadas instituições ou práticas. No contexto do Poder Judiciário, esse termo implica a transformação das estruturas, dos procedimentos e, sobretudo, da própria percepção do papel dos tribunais na sociedade contemporânea. O novo paradigma do Judiciário não é apenas uma simples adaptação de seus métodos, mas uma reconfiguração profunda das suas funções, de sua relação com a sociedade e do modo como se busca a justiça.

Em sentido estrito, o novo paradigma do Judiciário pode ser entendido como a superação de um modelo tradicional, em que o Judiciário se limitava ao papel de um árbitro neutro entre as partes, para um modelo mais dinâmico, proativo e integrado à sociedade. Esse modelo busca ir além da simples aplicação da norma, compreendendo a importância do acesso à justiça, da transparência dos processos e da utilização de tecnologias que aceleram e tornam mais eficientes os trâmites processuais.

De acordo com o jurista Luis Roberto Barroso, a função do Judiciário na sociedade contemporânea não se resume à simples interpretação das leis, mas envolve a busca pela realização material da justiça, em consonância com os princípios democráticos e os direitos fundamentais (Barroso, 2014). Nesse novo paradigma, o Poder Judiciário precisa ser mais do que um repositório de normas, deve ser também um espaço de diálogo e uma ferramenta de resolução de conflitos sociais complexos.

2 | CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: A EVOLUÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Para entender a profundidade do novo paradigma, é necessário olhar para a evolução histórica do Poder Judiciário. A trajetória do Judiciário reflete as transformações políticas, sociais e culturais de uma determinada época. Em uma análise histórica, o modelo tradicional de Judiciário pode ser compreendido a partir de três grandes fases que são:

A Centralização e o Estado Absolutista, em que nos primórdios do Estado moderno, o Judiciário estava estreitamente ligado ao poder do monarca ou do soberano, sendo uma instituição ao serviço da manutenção da ordem e da legitimidade do poder estatal. O Judiciário era, portanto, uma ferramenta centralizada de controle e repressão, com pouca independência e com funções restritas à interpretação das normas.

Dando continuidade, tem a Consolidação da Separação de Poderes e o Estado Constitucional: onde Com o advento do Estado de Direito e a consolidação da separação dos poderes no século XIX, o Judiciário se tornou uma instituição independente, com a missão de garantir a legalidade e proteger os direitos dos cidadãos contra abusos de outros poderes. Esse período foi marcado pelo fortalecimento do controle judicial e a criação de tribunais constitucionais, como exemplificado pelo caso histórico da judicial review (controle de constitucionalidade) nos Estados Unidos, que consolidou o papel dos tribunais como defensores da Constituição (Hamilton et al., 1788).

A terceira fase é a crise da modernidade e os desafios contemporâneos. Remetido ao final do século XX e início do século XXI, o Judiciário começou a ser questionado por sua lentidão, ineficiência e, muitas vezes, por sua desconexão com as necessidades da sociedade. A crescente complexidade social, os movimentos de democratização, a ênfase nos direitos humanos e a globalização dos sistemas jurídicos exigiram uma transformação do Judiciário. Esse é o momento em que surge o novo paradigma: um modelo mais acessível, transparente e eficiente, que busca promover uma justiça mais inclusiva e adaptada às exigências contemporâneas.

Para os estudiosos da área, esse novo paradigma surge com um caráter multidimensional, envolvendo questões técnicas, sociais e filosóficas. Segundo o filósofo italiano Norberto Bobbio, a função do Judiciário não deve ser entendida apenas como a aplicação mecânica da norma, mas como uma função constitutiva da democracia, que deve garantir o reconhecimento da pluralidade de valores e a efetividade dos direitos fundamentais (Bobbio, 1991).

É fundamental falar da importância da reflexão sobre esse novo paradigma do Poder Judiciário é de pois o Judiciário não é uma instituição isolada, mas um pilar essencial de qualquer democracia. O modo como o Judiciário se comporta e se adapta aos novos desafios da sociedade reflete, em grande parte, o estado de saúde de uma democracia. A busca por justiça, de maneira eficiente e equânime, é um reflexo das necessidades e demandas de uma sociedade em constante transformação.

Além disso, o novo paradigma do Judiciário não é apenas uma questão técnica ou administrativa. Ele envolve uma mudança profunda na concepção de justiça. Enquanto o modelo tradicional se baseava na ideia de que a justiça se dava através de um julgamento formal e exclusivamente jurídico, o novo paradigma incorpora a ideia de uma justiça material e substancial, em que o Judiciário se preocupa não apenas com a letra da lei, mas também com os efeitos sociais das suas decisões (Canotilho, 2003).

Um aspecto relevante dessa reflexão é a maneira como o Judiciário, ao se modernizar e incorporar novas ferramentas tecnológicas, também deve refletir sobre as questões éticas e jurídicas que surgem com o uso dessas tecnologias. O uso de Inteligência Artificial, por exemplo, pode contribuir para a eficiência do Judiciário, mas também levanta questões sobre a imparcialidade, a transparência e a proteção de direitos fundamentais. O direito à explicação das decisões judiciais, a luta contra o viés algorítmico e o direito à privacidade são alguns dos dilemas que surgem nesse novo contexto.

O novo paradigma do Judiciário é também uma resposta às novas exigências da sociedade, que busca um Judiciário mais próximo da realidade social e das suas necessidades, sem abrir mão da imparcialidade e da segurança jurídica. A crescente demanda por uma justiça mais célere, acessível e transparente faz com que a reflexão sobre as transformações no Judiciário seja não apenas necessária, mas urgente.

Em suma, o novo paradigma do Poder Judiciário não representa apenas uma mudança nas estruturas institucionais ou nos processos judiciais. Ele envolve uma profunda reconfiguração da sua função na sociedade, sendo mais que uma mera atualização tecnológica ou organizacional, mas uma verdadeira reinterpretação de sua missão fundamental: garantir a justiça em um mundo cada vez mais complexo e dinâmico.

3 | MUDANÇAS ESTRUTURAIS E FUNCIONAIS NO JUDICIÁRIO

Para falarmos nas mudanças estruturais e funcionais, temos que nos ater que muito se conquistou com a reforma do sistema judiciário, onde a busca por maior eficiência e celeridade nos remeteu a uma das principais mudanças no novo paradigma do Poder Judiciário. Essa reforma estrutural e funcional do sistema judicial, com ênfase na busca por maior eficiência e celeridade foi precisa porquê Durante décadas, o Judiciário brasileiro foi marcado por processos longos e morosos, com um acúmulo de ações que resultavam em uma ineficiência crônica, afetando não apenas a confiança da população na justiça, mas também o próprio funcionamento do Estado. A necessidade de uma reforma no Judiciário é frequentemente destacada por estudiosos como uma resposta à crise de acesso à justiça e à sobrecarregada capacidade de julgamento do sistema.

Em 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou a Agenda Nacional de Prioridades de Justiça como parte de um esforço sistemático para enfrentar esse problema. A agenda focava na otimização dos processos judiciais, no fortalecimento da gestão administrativa dos tribunais e na criação de mecanismos de solução extrajudicial de conflitos, como a mediação e a conciliação (CNJ, 2015). Isso se alinha ao conceito de justiça consensual, que visa uma resolução de disputas mais rápida, mais barata e mais satisfatória para as partes envolvidas.

A reforma do Judiciário também busca desburocratizar procedimentos, criando métodos alternativos de resolução de conflitos e priorizando a resolução célere de casos

simples. A judicialização excessiva de questões de baixo valor e a multiplicação de ações repetitivas são problemas que precisam ser enfrentados para permitir que o Judiciário se concentre em questões mais complexas, conforme defendido por autores como Sérgio Pinto Martins, que alerta sobre os custos sociais de um sistema judicial que não consegue dar resposta eficaz à sociedade (Martins, 2016).

Além disso, a construção de tribunais especializados, como os tribunais do juizado especial, é uma medida que visa a simplificação do processo judicial, permitindo que disputas menores sejam resolvidas de forma rápida e sem a necessidade de longos trâmites. A reforma do Judiciário, portanto, não envolve apenas um aprimoramento técnico, mas também uma reorganização das funções judiciais para lidar com as novas demandas de uma sociedade cada vez mais complexa.

4 | A MODERNIZAÇÃO DAS INFRAESTRUTURAS: DIGITALIZAÇÃO, PROCESSOS ELETRÔNICOS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA)

Com as inovações tecnológicas, com o aumento de acesso a informação e a globalização, não poderia ser relegada na reforma do Poder Judiciário, tendo como o exemplo a digitalização dos processos judiciais que foi um dos marcos mais significativos da reforma do Judiciário, e um dos fatores essenciais para a sua modernização. A implementação de sistemas eletrônicos de tramitação de processos trouxe ganhos consideráveis de eficiência, redução de custos e agilidade. O processo judicial eletrônico (PJe), por exemplo, implementado pelo CNJ desde 2010, tem sido fundamental para a desburocratização do sistema e a expansão do acesso à justiça.

Um estudo realizado por Passos de Freitas (2001) em tribunais que adotaram o PJe revelou uma significativa redução no tempo de tramitação dos processos e um aumento na satisfação dos usuários. O sistema possibilitou a eliminação de etapas burocráticas, como o manuseio físico de documentos, e permitiu que as partes acompanhassem o andamento processual de forma mais transparente e direta.

A transição para plataformas digitais permitiu uma redução substancial do tempo necessário para a tramitação de processos, além de facilitar o acesso dos cidadãos à informação e a documentos judiciais. Como afirma Maria Tereza Sadek (2007), a digitalização é um passo essencial para tornar o Judiciário mais transparente e eficiente, proporcionando uma nova forma de interação com os cidadãos, mais moderna e acessível.

Ademais, o uso da Inteligência Artificial (IA) está sendo incorporado ao Judiciário de maneira crescente, com o objetivo de otimizar a análise de dados e a gestão processual. A IA pode, por exemplo, ser utilizada para analisar grandes volumes de processos, identificar padrões jurisprudenciais e auxiliar os juízes na tomada de decisões, ao mesmo tempo em que promove maior objetividade e impessoalidade nas decisões. Esse uso de algoritmos também pode permitir a criação de sistemas de triagem de processos, destinando-os

automaticamente aos juízes mais especializados em cada área do direito, como sugere Ricardo Dip (2020) em sua análise sobre o impacto da IA no Judiciário.

Contudo, a integração da IA no Judiciário exige também uma reflexão ética sobre imparcialidade e transparência dos sistemas. Um dos grandes desafios será garantir que as decisões automáticas não repliquem vieses discriminatórios ou injustiças sistêmicas. Portanto, a implementação da IA deve ser acompanhada de uma governança robusta e de uma supervisão humana contínua, para evitar que a tecnologia se torne uma barreira para o acesso à justiça, ao invés de uma solução.

Além disso, a digitalização dos tribunais deve ser complementada com investimentos em infraestruturas físicas e humanas, para garantir que todos os cidadãos tenham condições de acesso às plataformas digitais, especialmente aqueles em regiões mais isoladas ou com menor infraestrutura tecnológica.

5 | A ESPECIALIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS E NOVAS DIVISÕES PARA LIDAR COM QUESTÕES EMERGENTES

Outro ponto relevante da mudança estrutural no Judiciário é a especialização dos tribunais, como resposta à crescente complexidade das questões jurídicas na sociedade contemporânea. A especialização pode ser vista como uma estratégia de eficiência, pois permite que juízes e tribunais se tornem mais preparados para lidar com áreas específicas do direito, proporcionando respostas mais adequadas e fundamentadas para problemas que exigem um conhecimento mais profundo de determinadas matérias.

No Brasil, a criação de tribunais especializados tem sido uma prática crescente desde a década de 1990. O exemplo mais emblemático é o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que criou uma vara especializada em questões tributárias. Outras áreas, como o direito ambiental, o direito empresarial e até o direito tecnológico, têm exigido cada vez mais tribunais especializados para lidar com as questões emergentes de maneira eficaz. A criação de tribunais ambientais, por exemplo, é uma resposta ao aumento da complexidade das questões relacionadas ao meio ambiente e à sustentabilidade, que exigem conhecimentos técnicos e uma análise mais cuidadosa de sua aplicação normativa.

No âmbito do direito tecnológico, por exemplo, a crescente importância de temas como proteção de dados pessoais, propriedade intelectual e cibersegurança levou à criação de câmaras especializadas em direito digital. Essas divisões têm como objetivo proporcionar uma resposta mais ágil e qualificada às disputas jurídicas relacionadas a essas novas tecnologias e ao crescente impacto da inovação digital na vida cotidiana.

De acordo com José Afonso da Silva (2014), “a especialização não só melhora a qualidade das decisões, como também pode ajudar a diminuir a distorção na aplicação da justiça, uma vez que juízes especializados têm maior domínio das complexas questões que surgem nessas áreas”. Além disso, tribunais especializados contribuem para a uniformização das decisões, evitando disparidades no julgamento de casos semelhantes.

Por fim, é importante destacar que a especialização dos tribunais não é uma solução mágica para todos os problemas do sistema judiciário. Embora a criação de câmaras especializadas possa contribuir para a maior eficiência do Judiciário, ela também exige uma formação contínua de magistrados e servidores, para que possam lidar adequadamente com os desafios impostos por questões emergentes. A especialização, nesse sentido, deve ser acompanhada de um constante aperfeiçoamento profissional e da implementação de boas práticas.

6 | A TRANSFORMAÇÃO NO PAPEL DOS JUÍZES E MAGISTRADOS

O papel dos juízes tem evoluído substancialmente nas últimas décadas, impulsionado por uma série de fatores como a expansão das tecnologias, as mudanças sociais e as novas demandas da sociedade. Tradicionalmente, o juiz era visto como uma figura passiva, que se limitava a interpretar e aplicar a lei de acordo com os processos formais. No entanto, com a crescente complexidade dos casos e o aumento da judicialização de temas antes tratados em esferas políticas ou administrativas, os juízes estão assumindo uma postura mais ativa e proativa, com maior responsabilidade na busca pela justiça material e pela efetividade dos direitos. Este capítulo explora as principais mudanças no papel dos magistrados, com foco na proatividade do juiz, sua nova função na gestão do processo e o incentivo à mediação e conciliação como alternativas ao sistema tradicional de contencioso.

6.1 De Juiz Conservador a Juiz Proativo: O Novo Papel do Magistrado

Historicamente, os juízes eram vistos como aplicadores passivos da lei, com pouca intervenção nos aspectos extrajudiciais do processo. O seu papel estava circunscrito à interpretação da norma e à aplicação de sanções baseadas em regras preestabelecidas. Porém, com o crescente aumento da complexidade dos litígios e a multiplicação de questões sociais emergentes, surgiu a necessidade de um magistrado mais proativo, disposto a interagir ativamente no processo para garantir uma solução mais efetiva e justa. Essa mudança de paradigma é vista principalmente na atuação de juízes no campo da mediação, na gestão de processos e na intervenção no desenvolvimento das partes, com o objetivo de promover uma justiça mais célere, eficaz e acessível.

O juiz proativo não espera que as partes tragam os problemas para ele de forma passiva, mas se antecipa, utilizando sua posição para guiar o processo e estimular soluções que evitem a morosidade dos tribunais. De acordo com a Recomendação nº 35 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o magistrado é incentivado a atuar de forma mais intensa nas tentativas de conciliação e mediação, transformando o tribunal em um ambiente de resolução de conflitos e não apenas de decisão contenciosa.

O juiz proativo busca, portanto, uma justiça mais material, que não se limita a meramente aplicar a lei, mas que leva em consideração as reais necessidades e circunstâncias sociais envolvidas em cada caso. Esse modelo exige que o juiz tenha uma visão mais ampla, indo além da interpretação literal da lei e considerando os aspectos humanos, sociais e até mesmo os impactos das decisões sobre as partes envolvidas.

6.2 Ajudas na Gestão do Processo e o Incentivo à Mediação e Conciliação

Com o advento das novas demandas e a sobrecarga do sistema judiciário, muitos magistrados passaram a ser vistos não apenas como juízes, mas como gestores do processo judicial. Essa mudança de paradigma trouxe uma nova leitura para a sociedade sobre o Poder Judiciário, pois além de os Juízes exercerem suas funções tradicionais de julgamento, eles estão cada vez mais envolvidos na organização e administração dos processos, com o intuito de garantir maior eficiência e celeridade na resolução das disputas.

A gestão processual exige que os magistrados tomem uma atitude mais intervencionista e estratégica, coordenando prazos, diligências e até mesmo sugerindo alternativas de solução extrajudicial para as partes. A gestão ativa do processo permite que o juiz seja mais flexível nas soluções, identificando oportunidades para a mediação, a conciliação e até a arbitragem, métodos alternativos que aliviam a carga do Judiciário e, ao mesmo tempo, oferecem soluções mais rápidas e consensuais.

No contexto atual, o incentivo à mediação e à conciliação tem se tornado um dos pilares do novo papel do juiz. O juiz não é mais um mero espectador das negociações entre as partes, mas passa a participar ativamente do processo de busca por soluções conciliatórias. Isso está alinhado com a Reforma do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, que incorporou como princípios a cooperação e o diálogo entre as partes e entre estas e o juiz, estimulando a solução consensual das controvérsias.

A mediação e a conciliação, que antes eram vistas como ferramentas paralelas ou adicionais à justiça convencional, passaram a ser encorajadas como parte do modelo de justiça moderna, baseado no princípio de que todas as partes envolvidas no conflito devem ser ouvidas e participar ativamente da elaboração da solução. O juiz, nesse novo papel, assume a função de facilitador de um processo de entendimento, ajudando as partes a alcançar uma solução satisfatória sem a necessidade de recorrer à decisão impositiva.

6.3 O Aumento da Responsabilidade do Juiz na Busca pela Justiça Material

Em um sistema jurídico cada vez mais centrado na efetividade e na justiça material, o papel do juiz também se transformou no sentido de responsabilizar-se diretamente pelos resultados da resolução do conflito. A justiça material refere-se à busca de soluções que realmente atendam às necessidades das partes e que promovam um impacto real na

sociedade, ao invés de meramente seguir o rito formal. Nesse contexto, o juiz tem de avaliar as circunstâncias que envolvem o conflito, como o contexto econômico, social e até cultural das partes, para que a decisão seja não apenas legalmente válida, mas também justa e equilibrada.

Além disso, o juiz contemporâneo assume uma responsabilidade ampliada, que vai além do campo da legalidade e se estende ao campo da efetividade das suas decisões. O conceito de justiça material implica a construção de decisões que busquem o equilíbrio entre a lei e as necessidades das partes. Esse conceito vai ao encontro da função jurisdicional de promover a justiça de forma ampla, o que exige do magistrado uma postura mais crítica, flexível e atenta aos detalhes que podem influenciar a vida dos envolvidos.

O aumento da responsabilidade do juiz também está ligado ao crescente interesse por temas de justiça social, como as questões envolvendo direitos humanos, igualdade racial e acesso à justiça. Nesse novo modelo, o juiz não deve apenas aplicar a norma jurídica, mas também garantir que a aplicação da lei contribua para a promoção da justiça substancial, que leva em consideração os contextos sociais, históricos e econômicos.

Por conseguinte a transformação no papel dos juízes reflete uma mudança paradigmática no Poder Judiciário, com uma crescente ênfase na proatividade, na gestão eficiente dos processos e na promoção de alternativas consensuais como mediação e conciliação. Ao se afastar de uma postura puramente conservadora e de mera aplicação de normas, o juiz do século XXI se torna um agente de transformação social, com maior responsabilidade na busca pela justiça material e pela efetividade das decisões. Essa evolução é essencial para que o Judiciário possa responder às exigências de uma sociedade dinâmica e plural, promovendo uma justiça que seja, ao mesmo tempo, eficaz, acessível e verdadeiramente justa.

7 | O IMPACTO DA TECNOLOGIA NO JUDICIÁRIO

A transformação digital do sistema judiciário representa um dos pilares mais significativos da modernização do poder judicial no século XXI. A incorporação de tecnologias, como a digitalização dos processos, inteligência artificial (IA), big data e algoritmos, tem o potencial de transformar radicalmente tanto a eficiência quanto a acessibilidade da justiça. Entretanto, essa transformação também traz à tona desafios éticos, legais e sociais, que exigem uma reflexão cuidadosa sobre as implicações do uso dessas tecnologias no Judiciário.

7.1 A Digitalização dos Processos: Vantagens e Desafios

A digitalização dos processos judiciais foi um dos primeiros passos no caminho da modernização do sistema judiciário, oferecendo uma série de vantagens, mas também apresentando desafios significativos. O movimento para a informatização dos

tribunais iniciou-se no Brasil com a implementação do processo judicial eletrônico (PJe), sistematicamente promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a partir de 2010. O objetivo da digitalização era principalmente reduzir a morosidade, diminuir os custos operacionais e aumentar a transparência no Judiciário.

As vantagens da digitalização são incontestáveis. Primeiramente, a eliminação de documentos físicos permite que os processos sejam consultados de qualquer lugar, a qualquer momento, por advogados, juízes e partes envolvidas, o que representa um grande avanço em termos de acesso à justiça. Além disso, a automação de várias etapas do processo, como a petição inicial, a intimação das partes e a expedição de sentenças, tem permitido uma significativa redução de custos e uma maior agilidade na tramitação dos processos.

Contudo, os desafios também são substanciais. Um dos principais obstáculos é a inclusão digital, especialmente nas regiões mais afastadas ou em áreas com maior desigualdade social. O acesso a tecnologias adequadas nem sempre está disponível para todos os cidadãos, o que pode levar à exclusão de uma parcela significativa da população do processo judicial eletrônico. Outro desafio importante é o risco de falhas técnicas que podem atrasar ou até mesmo comprometer a integridade do processo, como exemplificado por incidentes em que sistemas de tribunal eletrônico ficaram temporariamente fora do ar, prejudicando a continuidade dos julgamentos e causando atrasos.

Além disso, a segurança da informação se tornou uma preocupação central, já que a digitalização pode expor o Judiciário a riscos de vazamento de dados, fraudes eletrônicas e ataques cibernéticos. O cuidado com a proteção dos dados pessoais e sensíveis das partes envolvidas no processo é, portanto, uma questão ética e legal que requer regulamentação rigorosa.

7.2 Inteligência Artificial (IA) e Algoritmos no Auxílio à Decisão Judicial

Outra inovação tecnológica de grande impacto para essa mudança foi o uso de inteligência artificial (IA) no Judiciário, esse uso tem se expandido como uma ferramenta complementar para auxiliar na análise de processos, identificar padrões jurisprudenciais e até mesmo auxiliar juízes na tomada de decisões. Ferramentas baseadas em IA podem, por exemplo, analisar grandes volumes de processos e prever a probabilidade de um caso ser julgado a favor de uma das partes, baseando-se em dados anteriores e decisões passadas. Essas ferramentas ajudam na organização da carga de trabalho do Judiciário e podem melhorar a celeridade do julgamento.

Em um cenário ideal, a IA pode agir como uma assistente para o juiz, apresentando informações relevantes, sugerindo precedentes que podem influenciar a decisão e até mesmo automatizando etapas simples, como a emissão de sentenças em casos repetitivos ou de menor complexidade. Otimizar o tempo dos juízes com a automação

de tarefas administrativas ou rotineiras permite que eles se concentrem em questões de maior complexidade, como interpretação de normas ou decisões envolvendo valores constitucionais ou direitos fundamentais.

No entanto, questões éticas e desafios legais surgem quando se pensa em IA no contexto judicial. A imparcialidade das ferramentas de IA é uma grande preocupação. Algoritmos podem reproduzir ou até amplificar vieses preexistentes em dados históricos, o que pode levar a decisões injustas ou discriminatórias. Estudos têm mostrado que sistemas automatizados podem refletir preconceitos sociais, como os relacionados a raça, gênero e classe social, caso os dados históricos utilizados para treinar esses sistemas contenham tais vieses (Angwin et al., 2016).

Além disso, a utilização de IA no Judiciário levanta a questão da responsabilidade. Se uma decisão automatizada causar um erro, quem será responsabilizado? O juiz que adotou a sugestão da IA? O desenvolvedor do algoritmo? Essas questões de responsabilidade jurídica ainda carecem de uma regulamentação clara, e o uso de IA no Judiciário exige uma supervisão rigorosa para garantir que os direitos das partes não sejam violados.

7.3 O Uso de Big Data na Análise de Processos e Jurisprudência

O conceito de big data no contexto judicial refere-se ao uso de grandes volumes de dados para analisar padrões e tendências nos processos e nas decisões judiciais. A análise de big data pode permitir aos tribunais identificar tendências em relação à decisão de casos similares, proporcionando uma base sólida para que as decisões judiciais sejam mais consistentes e previsíveis. Além disso, o uso de big data pode ser uma ferramenta poderosa para monitorar a eficiência do sistema judiciário, identificando gargalos no processo e propondo melhorias.

Com o big data, o Judiciário pode ser capaz de mapear o fluxo de processos dentro de diferentes áreas do direito e tomar decisões mais informadas sobre como alocar recursos. Isso poderia ser especialmente útil para a gestão de tribunais, ajudando na distribuição de casos de acordo com a complexidade, a urgência ou a especialização necessária. Em termos de jurisprudência, o uso de análises preditivas pode ajudar a identificar os casos mais prováveis de sucesso em tribunais superiores, permitindo uma melhor estratégia para advogados e partes envolvidas.

Entretanto, a aplicação de big data no Judiciário também levanta questões significativas em termos de privacidade, transparência e justiça processual. Como o big data depende da coleta e análise de grandes volumes de dados, há uma preocupação com a segurança das informações pessoais e o risco de abuso desses dados para fins que não estejam diretamente relacionados ao processo judicial.

7.4 Desafios Éticos e Legais da Automação no Judiciário

O uso crescente de tecnologias automatizadas no Judiciário, incluindo IA, big data e algoritmos, exige uma reflexão ética sobre o papel da justiça humana. A automação não deve substituir, mas sim auxiliar o julgamento humano, garantindo que a decisão final esteja sempre nas mãos de um juiz humano, que possa levar em consideração as nuances de cada caso.

Um dos maiores desafios éticos é a questão da transparência e da explicabilidade das decisões automatizadas. Se um algoritmo ou IA recomendar uma decisão judicial, é fundamental que a parte afetada entenda como essa decisão foi alcançada e quais dados foram utilizados para formular a recomendação. A explicabilidade dos algoritmos é um conceito crucial para garantir que as partes tenham acesso a uma justiça transparente e não sujeita a decisões “caixa-preta”.

Além disso, há uma preocupação com a segurança jurídica. A relação de confiança entre o Judiciário e a sociedade pode ser comprometida se as pessoas não compreenderem como as decisões estão sendo tomadas e se essas decisões não puderem ser auditadas e questionadas de forma clara. A automação, por sua vez, deve ser aplicada com parcimônia, garantindo que o juiz ainda desempenhe um papel central na decisão final, especialmente em casos que envolvem questões constitucionais, direitos fundamentais ou complexidade jurídica.

Por fim, o uso de IA e algoritmos no Judiciário exige uma regulamentação específica para prevenir abusos e garantir que as novas tecnologias sejam utilizadas de maneira justa, transparente e em conformidade com os direitos humanos. Os tribunais precisam adotar práticas de governança digital que integrem segurança e ética como pilares fundamentais na implementação dessas tecnologias.

Logo, é de se salientar que: A tecnologia tem o poder de transformar o sistema judiciário, tornando-o mais eficiente, acessível e justo. No entanto, o impacto da digitalização, inteligência artificial, big data e automação no Judiciário também exige uma reflexão profunda sobre os desafios éticos e legais que surgem com essas inovações. Para garantir que a tecnologia seja uma aliada na promoção da justiça, é necessário que o Judiciário adote práticas de transparência, imparcialidade e responsabilidade, assegurando que as decisões judiciais continuem a respeitar os direitos fundamentais e a confiança pública.

8 | O NOVO MODELO DE ACESSO À JUSTIÇA

A ampliação do acesso à justiça é um dos principais objetivos das reformas do sistema judiciário nos últimos anos. Em um contexto de crescente complexidade social, globalização e digitalização, a função do Judiciário tem se expandido, buscando garantir que todos os cidadãos, independentemente de sua condição social ou localização

geográfica, possam efetivamente reivindicar seus direitos e resolver disputas de maneira rápida, eficiente e transparente. O novo modelo de acesso à justiça se fundamenta na inclusão social, no uso de novas tecnologias e na criação de alternativas ao sistema judicial tradicional, com a finalidade de atender à população de forma mais eficaz.

Segundo Humberto Ávila (2002), o acesso à justiça deve ser entendido como um direito fundamental, que não se restringe ao direito de processar ou ser processado, mas também inclui o direito de obter uma decisão justa, tempestiva e compatível com as necessidades do indivíduo. Ávila destaca que o Judiciário deve ser sensível à multiplicidade de problemas sociais que se apresentam, fornecendo respostas rápidas e adequadas.

8.1 Ampliação do Acesso à Justiça: Novos Mecanismos e Tecnologias

O acesso à justiça tem sido historicamente limitado por uma série de fatores, incluindo custos elevados, morosidade processual e dificuldades logísticas, especialmente para populações mais vulneráveis. A busca por novos mecanismos para superar essas barreiras tem sido um dos maiores desafios do Judiciário contemporâneo, e as tecnologias emergentes desempenham um papel central nesse processo.

O conceito de acesso à justiça ultrapassa a ideia de simples acesso aos tribunais. Envolve garantir que todos, independentemente de sua situação financeira ou localização, possam compreender o sistema jurídico, entrar com uma ação, buscar uma solução de conflito e ter seus direitos efetivamente reconhecidos. Em termos práticos, isso significa ampliar a disponibilidade de informações jurídicas de forma clara e acessível, promover formas alternativas de resolução de disputas, como mediação e conciliação, e utilizar novas tecnologias para facilitar o acesso ao sistema judicial.

Entre as novas tecnologias que têm ampliado o acesso à justiça, destaca-se a digitalização e o uso de plataformas online. A criação de sistemas de processo eletrônico, como o PJe (Processo Judicial Eletrônico) no Brasil, tem permitido que as pessoas ingressem com ações, acompanhem o andamento de processos e recebam notificações de maneira remota e ágil. A inteligência artificial (IA) também tem sido explorada para a triagem de casos e orientação jurídica, como já é feito por algumas plataformas de chatbots jurídicos, que oferecem respostas rápidas a perguntas simples e orientações iniciais aos cidadãos.

Essas inovações tecnológicas não só diminuem o custo financeiro e temporal para o cidadão, mas também promovem uma maior acessibilidade para as pessoas que vivem em áreas remotas ou que, por questões financeiras, não têm acesso fácil a advogados. Além disso, elas contribuem para uma maior transparência no sistema judicial, permitindo que o público tenha acesso a informações claras sobre como os processos estão sendo conduzidos, o que aumenta a confiança nas instituições judiciais.

8.2 Aumento da Atuação dos Juizados Especiais e Plataformas Digitais

Uma das respostas do Judiciário para ampliar o acesso à justiça foi o fortalecimento dos Juizados Especiais, instituídos pela Lei 9.099/1995 no Brasil, como forma de simplificar o processo judicial, especialmente em questões de menor complexidade. Os Juizados Especiais têm como principais características a informalidade, a celeridade e o baixo custo, permitindo que qualquer cidadão possa buscar a resolução de disputas sem a necessidade de advogados ou longos procedimentos formais.

A ampliação dos Juizados Especiais, incluindo a criação de juizados especializados em áreas como direitos do consumidor, direitos trabalhistas e questões de família, é um exemplo de como o Judiciário tem buscado desburocratizar e simplificar o acesso à justiça. O aumento da atuação desses juizados tem sido acompanhado de uma expansão das plataformas digitais que permitem aos cidadãos ingressar com ações e acompanhar processos sem sair de casa.

Por exemplo, diversos tribunais têm implementado plataformas de resolução de conflitos online, permitindo que questões como divórcios consensuais, dívidas pequenas ou problemas de consumo sejam resolvidas rapidamente, com a mediação ou conciliação feitas de maneira virtual. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, criou a Plataforma de Conciliação Virtual, que possibilita a resolução de litígios de forma ágil e eficiente, sem a necessidade de audiência presencial.

O uso dessas plataformas tem gerado resultados positivos. Em muitos casos, as partes conseguem alcançar acordos mais rápidos e menos onerosos, evitando o desgaste emocional e financeiro de um processo judicial longo. Além disso, as ferramentas digitais permitem que juízes, advogados e partes acompanhem o andamento dos processos em tempo real, proporcionando transparência e eficiência.

8.3 A Função do Judiciário na Resolução de Disputas de Maneira Mais Acessível e Ágil

O novo modelo de acesso à justiça vai além da simples introdução de tecnologias no processo judicial. Trata-se de uma mudança de paradigma em relação à forma como o Judiciário enxerga sua função na sociedade. A ideia central desse novo modelo é que o Judiciário deve garantir a resolução de disputas de forma ágil, acessível e eficaz, indo além da função tradicional de apenas aplicar a lei.

A resolução de conflitos por meio de métodos mais ágeis e acessíveis, como mediação, conciliação e arbitragem, tem ganhado cada vez mais espaço. Esses métodos de resolução alternativa de disputas (ADR) permitem que as partes envolvidas em um conflito cheguem a uma solução sem a necessidade de um longo e complexo processo judicial. A mediação, em particular, tem se mostrado um método eficiente para resolver conflitos de forma pacífica e sem a necessidade de uma sentença judicial formal.

No âmbito da mediação online, diversos tribunais já oferecem plataformas digitais que permitem que as partes envolvidas em uma disputa sejam conectadas com mediadores qualificados, sem que precisem se deslocar fisicamente até o tribunal. Essas soluções têm sido amplamente utilizadas em disputas comerciais, familiares e trabalhistas, por exemplo, e são particularmente importantes em um contexto de pandemia ou dificuldades de mobilidade.

O fortalecimento de métodos alternativos de resolução de conflitos, somado à digitalização e ao uso de plataformas virtuais, tem levado à criação de um sistema judiciário mais inclusivo e menos burocrático, em que os cidadãos podem buscar soluções de maneira mais direta e menos onerosa. Como aponta Nelson Nery Jr. (2017), essas práticas têm o potencial de criar um sistema judiciário mais dinâmico, em que a resolução de disputas se dá em tempo real e com a participação direta das partes.

Além disso, o aumento da acessibilidade e da celeridade no Judiciário contribui para a efetividade da justiça. O fato de um processo judicial ser resolvido de maneira rápida e eficiente não apenas facilita o acesso dos cidadãos, mas também fortalece o Estado de Direito, permitindo que as pessoas confiem nas instituições judiciais e busquem a resolução de seus problemas de forma legítima e justa.

É fundamental que essas inovações sejam implementadas de maneira equilibrada, respeitando os direitos fundamentais e garantindo que o acesso à justiça seja realmente universal e inclusivo. Com o uso de novas tecnologias e métodos ágeis de resolução de disputas, o Judiciário tem o potencial de proporcionar uma justiça mais eficaz, transparente e acessível, reafirmando seu papel como guardião dos direitos dos cidadãos.

9 | JUDICIÁRIO E SOCIEDADE: NOVOS DESAFIOS E EXPECTATIVAS

O Judiciário, tradicionalmente é visto como um poder imparcial e independente, enfrenta um cenário de transformações profundas no contexto da sociedade contemporânea. A crescente sensibilidade às questões de direitos humanos, a pressão dos movimentos sociais, o impacto das decisões judiciais sobre a opinião pública e o fenômeno do ativismo judicial são elementos centrais que têm redesenhado a relação entre o Judiciário e a sociedade. Nesse cenário, surgem novos desafios e expectativas, não apenas em relação à efetividade das decisões, mas também à transparência, à accountability e ao papel do Judiciário no fortalecimento da democracia.

9.1 A Relação entre o Judiciário e os Movimentos Sociais: Maior Sensibilidade às Questões de Direitos Humanos, Minorias e Cidadania

Nos últimos anos, observou-se um aprofundamento da relação entre o Judiciário e os movimentos sociais, com crescente sensibilidade às questões de direitos humanos, direitos das minorias e cidadania. As transformações sociais e políticas que marcaram as últimas

décadas, como o avanço da igualdade de gênero, os direitos da população LGBTQIA+, o acesso à educação, o direito à saúde e a propriedade territorial de comunidades indígenas e quilombolas, demandam um Judiciário mais atento às necessidades e anseios das camadas mais vulneráveis da sociedade.

O Judiciário brasileiro, por exemplo, tem sido chamado a se posicionar sobre questões complexas, como desigualdade racial, acesso à educação e à saúde de qualidade, e defesa de direitos trabalhistas. Decisões judiciais emblemáticas, como as que garantem direitos à população negra e indígena, a descriminalização das drogas ou o direito ao aborto, têm gerado ampla repercussão, refletindo não apenas o papel técnico do Judiciário, mas também o seu papel como ator social e político.

Luís Roberto Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), destacou em suas intervenções a importância do Judiciário ser sensível às demandas sociais e às desigualdades estruturais, afirmando que “o Judiciário deve atuar, quando chamado, de forma ativa, garantindo que direitos fundamentais não sejam apenas letras da Constituição, mas que se tornem realidade concreta na vida dos cidadãos” (Barroso, 2020). Esse entendimento, que vê o Judiciário como parte ativa na promoção de transformações sociais, tem sido um ponto de reflexão no debate sobre o papel do Judiciário na defesa dos direitos humanos.

9.2 A Transparência e a Accountability: O Papel do Judiciário no Fortalecimento da Democracia

Em uma democracia moderna, a transparência e a accountability são pilares essenciais para garantir que os poderes públicos ajam em conformidade com os interesses sociais e respeitem os direitos fundamentais. No caso do Judiciário, essas questões ganham uma relevância especial, pois as decisões judiciais impactam diretamente a vida dos cidadãos.

A transparência judicial envolve o acesso público às decisões e ao processo de tomada de decisão. O desenvolvimento de plataformas digitais, como o processo eletrônico e as publicações de decisões online, tem sido um avanço significativo para garantir que as decisões judiciais sejam mais acessíveis e compreensíveis à sociedade. O acesso a essas decisões permite que a sociedade civil monitore as ações do Judiciário, avalie a justiça das sentenças e cobre a efetividade da aplicação dos direitos fundamentais.

Por outro lado, a accountability judicial refere-se à responsabilidade dos juízes e tribunais perante a sociedade e a legislação vigente. Em uma democracia, o Judiciário não está isento de responsabilidade; ao contrário, ele deve estar em constante interação com a sociedade, buscando sempre a legitimidade de suas decisões. Nesse contexto, o controle externo do Judiciário, como a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a

possibilidade de reclamações disciplinares por má conduta, são mecanismos que ajudam a garantir a imparcialidade e a justiça das decisões judiciais.

Por oportuno, vale salientar que a relação entre o Judiciário e a sociedade tem se tornado cada vez mais complexa, marcada por uma sensibilidade crescente às questões de direitos humanos, a pressão dos movimentos sociais e o impacto das decisões judiciais na opinião pública. Ao mesmo tempo, a transparência e a accountability ganham relevância como ferramentas fundamentais para garantir que o Judiciário continue a cumprir seu papel essencial na fortalecimento da democracia e na proteção dos direitos fundamentais. O novo contexto exige um Judiciário não apenas técnico e imparcial, mas também sensível e responsável, capaz de se adaptar às demandas de uma sociedade dinâmica, sem comprometer os princípios democráticos.

10 | A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E A FLEXIBILIDADE DAS DECISÕES

A jurisprudência tem sido, ao longo da história, um reflexo da evolução da sociedade, das mudanças nas suas normas culturais, econômicas e políticas. Nos últimos anos, essa evolução tem sido caracterizada por uma maior flexibilidade nas decisões judiciais, com o Judiciário cada vez mais atento às mudanças sociais e aos novos desafios trazidos pela realidade contemporânea. A necessidade de adaptação do direito aos contextos mutáveis é um dos temas centrais deste capítulo, que discute como o Poder Judiciário tem se moldado para atender às transformações sociais, ao mesmo tempo em que preserva os princípios de segurança jurídica e estabilidade nas decisões.

10.1A Adaptação das Decisões Judiciais a Contextos Mutáveis: Direito e Realidade Social

O direito não é um conjunto estanque de normas imutáveis; ele deve ser uma resposta dinâmica aos desafios sociais, econômicos e políticos de seu tempo. Esse entendimento tem se intensificado nas últimas décadas, à medida que o sistema judicial tem se tornado mais sensível às realidades sociais que envolvem as partes nos litígios. O juiz, ao interpretar a lei, não pode se limitar a uma visão estrita e literal da norma, mas deve considerá-la à luz das necessidades sociais, da evolução das práticas culturais e das transformações econômicas que marcam a sociedade contemporânea.

A jurisprudência precisa ser capaz de acompanhar as mudanças da realidade, ajustando-se a novos cenários sem perder o princípio de coerência e previsibilidade que sustentam a segurança jurídica. Nesse contexto, a flexibilidade das decisões judiciais torna-se crucial, pois permite que o direito se adapte rapidamente a novas situações, como o avanço das tecnologias, as questões de direitos humanos, a globalização e as transformações nos valores culturais e sociais.

Por exemplo, em áreas como o direito ambiental, os direitos das minorias e os direitos digitais, as decisões judiciais precisam se basear em uma interpretação evolutiva das leis, a fim de garantir que a legislação atenda às demandas de um mundo em constante transformação. A jurisprudência, portanto, assume um papel fundamental ao integrar essas mudanças na aplicação do direito, ajustando-se a novas realidades sem comprometer os princípios constitucionais ou os direitos fundamentais.

10.20 Papel dos Tribunais Superiores na Formação da Jurisprudência

Os tribunais superiores, como o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), desempenham um papel crucial na formação da jurisprudência no Brasil. Essas cortes são responsáveis por estabelecer as diretrizes interpretativas que irão balizar o entendimento do direito no país. Sua atuação tem sido marcada por uma crescente preocupação em garantir a uniformidade das decisões e, ao mesmo tempo, assegurar que a jurisprudência evolua de acordo com as necessidades da sociedade.

Uma das funções mais importantes dos tribunais superiores é a reinterpretação da legislação diante de novos contextos sociais e jurídicos. Essa função normativa permite que o STF, por exemplo, ajuste as normas constitucionais e suas interpretações às novas realidades sociais, sem alterar diretamente o texto da Constituição. Nesse sentido, os tribunais superiores têm sido agentes ativos na inovação do direito, assegurando que o ordenamento jurídico seja capaz de lidar com os desafios contemporâneos, como questões de direitos fundamentais, tecnologia e sustentabilidade ambiental.

Além disso, o STF e o STJ têm também uma função de pacificação social, buscando estabelecer precedentes que possam orientar a interpretação das normas pelos tribunais inferiores. Essa pacificação tem sido fundamental para evitar decisões contraditórias entre diferentes instâncias do Judiciário e para garantir que os cidadãos possam ter certeza e segurança sobre os direitos que lhes são assegurados, independentemente da região ou do tribunal em que seus casos são julgados.

A flexibilidade das decisões também se reflete no uso de precedentes. O desenvolvimento do instituto da *stare decisis* no Brasil, especialmente nos tribunais superiores, tem incentivado uma maior uniformidade nas decisões, ao mesmo tempo em que permite ajustes nas interpretações à medida que novos contextos surgem. O uso do precedente não é uma limitação, mas uma forma de garantir que as decisões sejam coerentes com a evolução da sociedade, enquanto se preserva o direito à segurança jurídica.

A evolução da jurisprudência e a flexibilidade nas decisões judiciais são aspectos essenciais para garantir que o direito se mantenha adequado às novas realidades sociais, sem comprometer os princípios fundamentais de segurança jurídica. Os tribunais superiores desempenham um papel crucial na formação da jurisprudência, sendo responsáveis por

ajustar a interpretação das leis às transformações da sociedade, enquanto mantêm a coerência e a estabilidade do sistema jurídico. Em um cenário globalizado e em constante mudança, a capacidade de os tribunais serem flexíveis e, ao mesmo tempo, assegurarem a previsibilidade das decisões, é fundamental para garantir a confiança da sociedade no sistema de justiça e a efetividade dos direitos fundamentais.

11 | O FUTURO DO PODER JUDICIÁRIO: TENDÊNCIAS E POSSIBILIDADES

O papel do Poder Judiciário tem evoluído substancialmente nas últimas décadas, adaptando-se aos novos desafios trazidos pela globalização, pela tecnologia e pelas mudanças sociais e políticas. No entanto, olhando para o futuro, podemos afirmar que o Judiciário continuará a enfrentar novas demandas e pressões, tanto internas quanto externas, que exigirão transformações contínuas para garantir a efetividade da justiça e o fortalecimento da democracia.

Este artigo se propõe a discutir as tendências e possibilidades para o Judiciário nos próximos 10 a 20 anos, com ênfase em três áreas-chave: os novos desafios e funções que surgirão, a evolução da justiça restaurativa e das alternativas ao sistema judicial tradicional, e a globalização do direito, com o impacto da integração de sistemas jurídicos internacionais no papel do Judiciário.

11.1 Previsões para o Papel do Judiciário em 10, 20 Anos: Novos Desafios e Novas Funções

À medida que o mundo se torna cada vez mais complexo, o Judiciário também precisa se adaptar a novos cenários. Dentro de uma década ou duas, é possível prever que o Judiciário desempenhará novos papéis e enfrentará novos desafios, impulsionados, principalmente, pela evolução da tecnologia, pela mudança nas expectativas sociais e pelo aumento das pressões externas para garantir a proteção dos direitos humanos e a justiça social.

A digitalização do sistema judiciário, que já é uma realidade em muitos países, será ainda mais intensa. O uso de plataformas digitais para acesso remoto, audiências virtuais e inteligência artificial (IA) será amplamente expandido. Isso permitirá que os cidadãos participem do processo judicial de qualquer lugar, quebrando barreiras geográficas e proporcionando maior eficiência no tempo e nos custos dos processos. A IA poderá também ajudar no trabalho de triagem, análise de dados e assessoria jurídica, permitindo que os juízes tomem decisões mais rápidas e baseadas em dados.

11.1.1 Aumento da Judicialização da Política

Em muitos contextos, as questões que antes eram tratadas pelo legislativo ou executivo estão sendo decididas pelo Judiciário, como é o caso da judicialização da política. Nos próximos 10 a 20 anos, esse fenômeno pode aumentar, especialmente em países com sistemas políticos instáveis ou em situações de crise. O Judiciário poderá ser visto como um mediador de conflitos sociais mais amplos, especialmente nas questões de direitos fundamentais e na proteção de minorias.

11.1.2 Judiciário e Sustentabilidade Social e Ambiental

O papel do Judiciário também se expandirá em áreas como direitos ambientais e sustentabilidade. A proteção ambiental, o direito ao meio ambiente saudável e a resolução de conflitos relacionados a mudanças climáticas serão cada vez mais abordados pelos tribunais. O Judiciário será chamado a desempenhar um papel ativo na defesa de direitos ecológicos e na imposição de responsabilidades a governos e empresas que não cumpram com suas obrigações ambientais.

11.1.3 Diversificação da Composição do Judiciário

Em resposta a uma sociedade cada vez mais diversa, o Judiciário do futuro deverá refletir essa pluralidade. Espera-se uma diversificação na composição dos tribunais, com a inclusão de juízas e juizes de diferentes etnias, origens e identidades de gênero, bem como uma abertura maior para a representatividade das diversas realidades sociais nas cortes. Essa mudança será fundamental para garantir que as decisões judiciais considerem as realidades e os direitos de todos os grupos da sociedade.

11.1.4 A Evolução da Justiça Restaurativa e das Alternativas ao Sistema Judicial Tradicional

Uma das tendências mais significativas que já está ganhando força, mas que se expandirá consideravelmente nos próximos anos, é a justiça restaurativa. Trata-se de um modelo que, ao invés de se concentrar na punição de delitos, foca na reparação do dano causado à vítima, promovendo o diálogo, a reconciliação e a responsabilidade do infrator.

11.1.5 Expansão dos Métodos de Resolução Alternativa de Conflitos (ADR)

A justiça restaurativa já tem sido adotada em vários sistemas jurídicos como uma alternativa eficaz ao modelo punitivo tradicional. No futuro, espera-se que esse modelo seja mais integrado ao sistema jurídico, oferecendo uma alternativa mais eficaz e menos onerosa para a resolução de disputas, especialmente em áreas como crime leve, disputas familiares,

questões de consumo e conflitos sociais. A mediação, a arbitragem e a conciliação também devem ser cada vez mais utilizadas como alternativas ao sistema judicial formal.

11.1.6 Redução do Sistema Penal e Enfoque em Reintegração Social

A justiça restaurativa também representa um movimento em direção à redução do encarceramento em massa, um fenômeno que tem sido criticado por sua ineficiência e impacto negativo nas populações vulneráveis. O Judiciário do futuro pode ter um papel mais ativo na implementação de políticas de reinserção social de indivíduos em conflito com a lei, oferecendo programas de reabilitação e reintegração, ao invés de adotar a prisão como a principal solução.

11.1.7 Sistemas de Justiça Baseados na Comunidade

A descentralização do sistema judicial e o fortalecimento de tribunais comunitários ou de justiça comunitária também são possibilidades futuras. Esse modelo pode ser particularmente eficaz em sociedades mais rurais ou em comunidades marginalizadas, onde os tribunais tradicionais podem ser inacessíveis ou ineficazes. A participação ativa da comunidade no processo de resolução de conflitos pode ajudar a criar um sistema de justiça mais próximo das pessoas.

11.1.8 A Globalização do Direito

O Impacto da Integração de Sistemas Jurídicos Internacionais e o Papel do Judiciário Nesse Processo A globalização e a crescente interconexão entre os países exigem uma adaptação dos sistemas jurídicos para lidar com questões que transcendem as fronteiras nacionais. Nos próximos 10 a 20 anos, a integração de sistemas jurídicos internacionais terá um impacto significativo no papel do Judiciário, especialmente em áreas como o direito internacional, direitos humanos, comércio internacional e meio ambiente.

Integração de Sistemas Jurídicos Internacionais: O Judiciário de muitos países já é impactado por decisões internacionais e pela implementação de tratados e acordos globais. O futuro do Judiciário envolverá decisões mais alinhadas com as normas internacionais, seja no campo dos direitos humanos, seja na resolução de disputas comerciais ou nas questões ambientais globais. Os tribunais serão cada vez mais chamados a equilibrar as leis nacionais com as exigências de organismos internacionais, como a Corte Internacional de Justiça (CIJ), o Tribunal Penal Internacional (TPI) e outros fóruns multilaterais.

Direitos Humanos no Contexto Global: Com o avanço das normas internacionais de direitos humanos, os sistemas judiciais terão que harmonizar suas decisões com os princípios globais de proteção de direitos. Além disso, o Judiciário será desafiado a lidar com questões complexas relacionadas ao refugiados e imigrantes, que exigem uma abordagem mais globalizada e colaborativa entre os países.

Resolução de Conflitos Transnacionais: A globalização dos fluxos comerciais, financeiros e de informação também aumentará os conflitos transnacionais que exigem soluções jurídicas colaborativas entre diferentes sistemas jurídicos. O futuro do Judiciário envolverá cada vez mais parcerias interjurisdicionais, com tribunais internacionais e sistemas multinacionais de arbitragem e mediação para resolver disputas comerciais e financeiras globais.

12 | CONCLUSÃO

O Judiciário no século XXI será um reflexo das transformações que já estão em curso, mas também enfrentará novos desafios à medida que a sociedade evolui. Para continuar cumprindo sua função fundamental de garantir a justiça e a equidade, será necessário um judiciário adaptado às novas realidades sociais, políticas e tecnológicas. A inovação, a eficiência, a acessibilidade e a proteção dos direitos fundamentais serão as chaves para que o Judiciário do futuro seja, de fato, uma força que contribua para a construção de uma sociedade mais justa e democrática. No entanto, é imprescindível que esse processo de transformação seja acompanhado de uma constante reavaliação de suas práticas e funções, para que as decisões judiciais não só atendam às necessidades da sociedade contemporânea, mas também antecipem as necessidades do futuro.

Ao longo das últimas décadas, o Poder Judiciário tem experimentado uma série de transformações profundas e rápidas, moldadas por inovações tecnológicas, mudanças sociais, desafios econômicos e pressões políticas. À medida que avançamos para o século XXI, essas transformações tendem a intensificar-se, exigindo que o Judiciário se adapte constantemente para manter sua função essencial de garantir a justiça, a equidade e o Estado de Direito. Esta conclusão oferece um resumo das principais transformações observadas, seus impactos sobre a sociedade e o papel vital que o Judiciário continuará a desempenhar nas próximas décadas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Fernando M. *Segurança Jurídica e Flexibilidade: A Interpretação Evolutiva das Normas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Justiça e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Diário Oficial da União, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. "O papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito". *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 2020.

CASTRO, José Afonso. *Direitos Humanos e a Globalização do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

COELHO, Sérgio. O Judiciário e o Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

GOMES, Sérgio. A Função dos Tribunais Superiores na Formação da Jurisprudência. Brasília: Editora Lumen Juris, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. A Função do Juiz no Processo Civil Contemporâneo. São Paulo: Editora RT, 2016.

HESSE, Konrad. A Constituição do Estado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LEME, Ricardo de. Juiz Proativo: O Novo Papel do Magistrado na Sociedade Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. Judiciário e Sociedade: Desafios e Transformações no Contexto Atual. Porto Alegre: Sulina, 2012.

MACIEL, Marcos. Tecnologia e Justiça no Século XXI: Desafios e Oportunidades. São Paulo: Editora FGV, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; PONTES, Inocêncio Mártires. Jurisprudência Constitucional: Princípios e Tendências. São Paulo: Editora RT, 2017.

MORAES, Alexandre de. "O Judiciário e a Crise de Legitimidade". Revista Brasileira de Política, 2019.

PASSOS DE FREITAS, Vladimir. A Modernização do Judiciário: Tecnologia, Processos e Transparência. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. O Poder Judiciário e a Constituição. São Paulo: Editora Malheiros, 2021.

SOUSA, Marcelo Alves Dias de. Modernização do Judiciário: A Nova Era da Eficiência e Acesso à Justiça. São Paulo: Atlas, 2012.

VIEIRA, Paulo César Santos. O Acesso à Justiça e o Papel do Judiciário no Brasil Contemporâneo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004.

CAPÍTULO 2

NÚCLEO DE PRÁTICAS JURÍDICAS UNIOESTE/ PR FRANCISCO BELTRÃO: CONSTRUÇÃO DE MEMÓRIA EXTENSIONISTA DO ACESSO À JUSTIÇA

Data de submissão: 28/01/2025

Data de aceite: 05/03/2025

Daniele Prates Pereira

Docente efetiva curso de Direito e
Programa de Pós-Graduação Strictu
Sensu em Educação, Coordenadora do
NPJ em UnioestePR
Francisco Beltrão/PR
<https://orcid.org/0000-0002-9860-4667>
<http://lattes.cnpq.br/1701069879754260>

Manuela Couto de Avila

Acadêmica Direito Unioeste/PR
Francisco Beltrão/PR
<http://lattes.cnpq.br/6829932525289839>

Jonas Roberto da Silva

Acadêmico Direito Unioeste/PR
Francisco Beltrão/PR
<http://lattes.cnpq.br/2520132627537515>

Maria Bernadete da Roza

Acadêmica Direito Unioeste/PR
Francisco Beltrão/PR
<http://lattes.cnpq.br/0105041191995823>

Fernanda Renata Ferreira Bora

Acadêmica Direito Unioeste/PR
Francisco Beltrão/PR
<http://lattes.cnpq.br/3702197095496121>

Larissa Albergoni de Carvalho

Acadêmica Direito Unioeste/PR
Francisco Beltrão/PR
<http://lattes.cnpq.br/9919346898490960>

Eduarda Cristina Martins

Acadêmica Direito Unioeste/PR
Francisco Beltrão/PR
<http://lattes.cnpq.br/1288849690607426>

Tarciane de Oliveira Librelato

Acadêmica Direito Unioeste/PR
Francisco Beltrão/PR
<http://lattes.cnpq.br/2488754173687442>

Emanuely Gonçalves

Acadêmica Direito Unioeste/PR
Francisco Beltrão/PR
<http://lattes.cnpq.br/7853153486724144>

Isabela Groff Migliorini

Acadêmica Direito Unioeste/PR
Francisco Beltrão/PR
<http://lattes.cnpq.br/4337210762719990>

RESUMO: Esse trabalho teve o intuito de resgatar memórias referentes as atividades desenvolvidas desde o início da implementação do NPJ - Núcleo de Práticas Jurídicas do Curso de Direito da UNIOESTE, Campos de Francisco Beltrão. Para tanto foi necessário um estudo bibliográfico sobre o gênero textual memorial, especificamente sobre o memorial institucional que tem o objetivo de manter as “lembranças”

registradas e a disposição de todos que delas quiserem se inteirar. O trabalho se concretizou por meio de entrevistas estruturadas com coordenadores de épocas anteriores e acadêmicos. O Curso de Direito teve seu início no ano de 2003, e que a implementação do NPJ ocorreu inicialmente três anos após, em 2006, com a chegada dos primeiros acadêmicos ao quarto e ao quinto ano, quando realizariam os estágios simulado e real. Observando a norma do Ministério da Educação e Cultura, assim como a necessidade da aprendizagem prática, os NPJs são necessários aos cursos de Direito e realizam extensão na medida em que atendem a comunidade externa. Durante o processo de coleta de material (entrevistas) foi possível perceber que ao não registrar expressamente por escrito ou por imagens, os momentos vividos, há perdas, as quais permanecerão apenas na memória de quem as experienciou.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Justiça. Redução de desigualdades. Aprendizagem prática.

CENTER OF LEGAL PRACTICES UNIOESTE/PR FRANCISCO BELTRÃO: THE BUILDING OF AN EXTENSIONIST MEMORY OF ACCESS TO JUSTICE

ABSTRACT: This work aimed to rescue memories regarding the activities carried out since the beginning of the implementation of the NPJ - Legal Practices Center of the Law Course at UNIOESTE, Campus of Francisco Beltrão. Aiming that, a bibliographical study on the memorial textual genre was necessary, specifically on the institutional memorial that intends to keep “memories” recorded and available to everyone who wants to find out about them. The work was carried out through structured interviews with coordinators from previous periods and academics. The Law Course began in 2003, and the implementation of the NPJ initially occurred three years later, in 2006, with the arrival of the first academics in the fourth and fifth year, when they would carry out the simulated and real internships. Observing the regulations of the Ministry of Education and Culture, as well as the need for practical learning, NPJs are necessary for Law courses and carry out extension services to the extent that they serve the external community. During the material collection process (interviews) it was possible to realize that by not expressly recording in writing or through images, the moments experienced, there are losses, which will only remain in the memory of those who experienced them.

KEYWORDS: Right to Justice. Reduction of inequalities. Practical learning.

1 | INTRODUÇÃO

Sabe-se que a Educação Formal tem sua eficácia no desenvolvimento do discente a partir da aprendizagem teórica em detrimento da aprendizagem prática. No curso de Direito a teoria e a prática estão atreladas, haja vista que os Núcleos de Prática Jurídica- NPJ, se tornaram metodologia ativa de Ensino-Aprendizagem, e é resguardada pelo Ministério da Educação nos Artigos 10 e 11 da portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994.

Partindo desse contexto, e sentindo-se a necessidade de conhecer os trabalhos desenvolvidos pelo NPJ da Unioeste do Campos de Francisco Beltrão, buscou-se lembrar por meio do resgate de memórias desde sua criação até os tempos atuais.

As memórias fazem-nos retornar a momentos bons e difíceis, contudo, colaboram com a construção dos sujeitos e com aqueles que recebem as memórias como ensinamento vivido. No caso de instituições, a memória serve para compreender práticas, verificar a

evolução estrutural, validar lideranças, e perceber a configuração existente a partir de sua caminhada e conquistas.

No ano de 2023 o curso de Direito da Unioeste de Francisco Beltrão completa 20 anos de existência, e o Núcleo de Prática Jurídica compõe a história do curso, bem como dos egressos que já alcançam profissões consolidadas atualmente na área jurídica.

A prática ora realizada no NPJ contribui com a formação do acadêmico e com a realidade social do município e região, garantindo o acesso à Justiça à população que se enquadra na triagem socioeconômica.

2 | ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: OS NÚCLEOS DE PRÁTICA JURÍDICA COMO PROPOSTA DE METODOLOGIA ATIVA DE APRENDIZAGEM

Ao refletir sobre a Educação Brasileira, desde os anos iniciais até a Universidade, percebe-se que são inúmeras as dificuldades enfrentadas pelos agentes que participam desse contexto. Estudos de especialistas nos assuntos que permeiam o processo de ensino-aprendizagem buscam constantemente novas metodologias, com o intuito de melhorar a qualidade do ensino. Freire (2006) salienta que devemos: “Saber que ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua própria produção ou a sua construção.” Partindo dessa premissa de ensinar é que se percebe a importância do NPJ (Núcleos de Prática Jurídica) para o Curso de Direito.

O Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) é um espaço essencial para a formação acadêmica de profissionais do Direito. A utilização dessa metodologia participativa ajuda a desenvolver as competências e habilidades dos estudantes de Direito, como a capacidade de operar, entender, interferir e dialogar de forma eficiente. Le Boterf (1999), destaca que a construção da competência não se limita ao domínio de conhecimentos teóricos, mas surge da prática conjunta de conhecimentos, habilidades e atitudes no exercício profissional.

Sabe-se que o ensino superior no Brasil, de acordo com a Constituição Federal de 1988, deve realizar ensino, pesquisa e extensão.

O Ensino Jurídico Brasileiro é realizado por meio das Universidades, no curso de Direito, de maneira formal. É neste contexto universitário que o discente conhece teoricamente as Leis, as Súmulas e a Jurisprudência, conhece a organização do Estado, a gestão pública e seus regramentos, a dinâmica do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, e a prática jurídica técnica e sociológica.

No entanto será que esse futuro profissional da área Jurídica sai da Universidade preparado para atuar na prática? Sendo essa uma preocupação do Ensino-Aprendizagem na Área do Direito, iniciou-se as práticas pedagógicas de Ensino por meio do NPJ (Núcleo de Prática Jurídica). Os Núcleos de Prática Jurídica foram criados com o intuito de aproximar o ensino aprendizagem formal e o ensino aprendizagem na prática, por meio da educação não formal – ou seja, a extensão como prestação de serviço à comunidade.

A partir do manuseio de processos reais, sob orientação do docente, o aluno em formação acadêmica vivenciará na prática a lida processual, as tentativas de conciliação e a litigância contenciosa. O acadêmico aprende ainda habilidades como organização, atendimento ao público, cumprimento de prazos, planejamento, construção textual de petições e outros documentos jurídicos, empatia, e o funcionamento dos escritórios de advocacia. Como é citado por Vercelli:

Nesse aspecto, entende-se que o Núcleo de Práticas Jurídicas (NPJ), como espaço de educação não formal, cumpre um papel importante na melhoria da qualidade de ensino e na formação acadêmica, pois ao inserir a universidade nos problemas comunitários possibilita o surgimento de novas aprendizagens e novas pesquisas. Assim, a formação acadêmica será ancorada também em problemas concretos, que são enfrentados no cotidiano e que fazem parte da realidade do Brasil. Isso favorece a articulação entre teoria e prática, binômio este fundamental na formação do aluno, porque, além de possibilitar o exercício da cidadania, concorre para que os discentes incorporem, nessa relação, as aprendizagens resultantes dos interesses e necessidades de todos. (Vercelli, 2014, p.72)

Os Núcleos de Prática Jurídica tornaram-se metodologia ativa no processo de aprendizagem dos acadêmicos de Direito. Devido ao fato de terem o professor orientador como mediador dessa aprendizagem, assim como os próprios discentes serem agentes na triagem, recepcionando o caso e montando a peça. Vercelli (2014) “Ao participar, o aluno sente-se como sujeito ativo no processo de aprendizagem e, no caso do NPJ, o professor orientador é visto como principal mediador, mas não o único.”

Os Núcleos de Prática Jurídica além de se tornarem metodologia ativa foram previstos pelo Ministério da Educação na portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994. No seu Art. 10 diz:

Art. 10. O estágio de prática jurídica, supervisionado pela instituição de ensino superior, será obrigatório e integrante do currículo pleno, em um total de 300 horas de atividades práticas simuladas e reais desenvolvidas pelo aluno sob controle e orientação do núcleo correspondente. § 1º O núcleo de prática jurídica, coordenado por professores do curso, disporá instalações adequadas para treinamento das atividades de advocacia, magistratura, Ministério Público, demais profissões jurídicas e para atendimento ao público.

No seu Art.11, discorre sobre as atividades de estágio supervisionado avaliado pelo NPJ.

Art. 11. As atividades do estágio supervisionado serão exclusivamente práticas, incluindo redação de peças processuais e profissionais, rotinas processuais, assistência e atuação em audiências e sessões, vistas a órgãos judiciários, prestação de serviços jurídicos e técnicas de negociações coletivas, arbitragens e conciliação, sob o controle, orientação e avaliação do núcleo de prática jurídica.

Verifica-se que mesmo antes de o Conselho Nacional de Ensino prever a curricularização da extensão (Parecer CNE/CES nº 608/2018), os Núcleos de Práticas Jurídicas já realizavam extensão de forma curricularizada.

A metodologia ativa, de acordo com Lima (2017, p. 404), é a tecnologia que proporciona protagonismo dos educandos no processo de aprendizagem e que favorecem o desenvolvimento crítico e reflexivo deles em relação ao que estão fazendo. Estas ações buscam promover a próatividade, a conexão da aprendizagem com a realidade; o desenvolvimento do raciocínio e de capacidades para intervenção na própria realidade; e a colaboração entre os participantes - todas habilidades presentes nas práticas realizadas no Núcleo de Prática Jurídica.

O NPJ é, portanto, indispensável para a realização do Ensino-Aprendizagem do acadêmico do Curso de Direito, pois possibilita ao discente refletir, pesquisar, argumentar e praticar sob a orientação de um profissional professor habilitado. Assim como participar de todo o processo de trabalho realizado na prática por um profissional advogado.

No que cerne a educação, é sempre um desafio aliar a passagem de conhecimento com a oportunidade de assimilação prática dele, em se tratando de ensino jurídico, ainda mais intensamente permeia o dilema de união da teoria e da prática. É justamente por conta dessa questão que a existência dos Núcleos de Prática Jurídica torna-se indispensável para a formação do futuro profissional jurídico.

O Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) é um órgão exclusivo do curso de Direito, estabelecido por Instituições de Ensino Superior (IES), a fim de que os estudantes deste curso possam colocar em prática o aprendizado das aulas. Em um NPJ, o estudante tem a oportunidade de estagiar atendendo gratuitamente a população necessitada debaixo da supervisão de professores e profissionais devidamente registrados na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

O Ministério da Educação, na Portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994, estipula a obrigatoriedade da prática jurídica como parte do curso de Direito para adquirir o grau de bacharel. No documento, são prescritas as tarefas que podem ser realizadas pelo NPJ, sendo estas: atuação em audiências e sessões; redação de peças processuais e profissionais; visitas a órgãos judiciários; técnicas de negociação coletivas e arbitragens e conciliação.

O NPJ serve para associar pesquisa e prática jurídica, como também acadêmicos e comunidade. Ao longo da história, houve inúmeras mudanças no modo como as instituições de ensino articulavam o ensino-aprendizagem dos estudantes. As universidades existem desde a época da Idade Média, porém somente na década de 1920 que o ensino superior começou a ser implementado no Brasil.

Por esse motivo, a evolução no âmbito educacional no que tange os equipamentos utilizados ainda é substancialmente recente, especialmente quando se abordam as tecnologias eletrônicas, as quais começaram a ser usadas com maior intensidade, durante

e após a pandemia do coronavírus, dada a necessidade de continuar o ensino mesmo com o inevitável distanciamento social. O uso de tecnologias eletrônicas proporciona um ensino mais interativo, com recursos didáticos que permitem um maior aproveitamento do conteúdo.

Conforme a sociedade avança, é imprescindível que as instituições de ensino acompanhem esse avanço, a fim de formar profissionais cada vez mais preparados para o mercado de trabalho, que saibam lidar com os imprevistos e tirar o melhor proveito das mais diversas situações. Sendo assim, os docentes não podem apegar-se a uma forma de ensino comum, sem inovações, consideradas do passado, pois essas tendem a não suprir mais as necessidades atuais. Além disso, não basta passar conhecimentos prontos, teorias e informações para os alunos, acumulando conteúdo pouco proveitosos pela ausência de orientações e atividades práticas que estimulem a criatividade e o potencial dos estudantes para resolução de conflitos.

A fim de atender as demandas educacionais para futuros profissionais da área jurídica, surgem os Núcleos de Práticas Jurídicas. Nestes espaços, é oferecida a oportunidade aos estudantes, a partir do 7º semestre do curso, de aplicarem os conceitos teóricos abordados em sala de aula a situações reais, enriquecendo o aprendizado e proporcionando uma visão pragmática do desempenho do sistema jurídico.

A experiência dentro de um NPJ é incomensurável para futuros juristas, pois é o ambiente ideal para o desenvolvimento de habilidades fundamentais para exercer a profissão, como argumentação, negociação, raciocínio jurídico, trabalho em equipe, resolução de problemas, entre outras aptidões. Em adição a isso, as atividades práticas realizadas em um NPJ possibilitam aos estudantes compreenderem melhor a ética e a responsabilidade social atreladas a profissões da área jurídica.

Inclusive, por atenderem, a partir da prestação de serviços de assistência jurídica, pessoas que não possuem recursos suficientes para contratar um advogado, os alunos têm acesso a outras realidades e podem desenvolver suas habilidades contribuindo positivamente para a sociedade. Assim, os Núcleos de Práticas Jurídicas demonstram-se cruciais, ao auxiliar na formação de juristas mais preparados e adaptados às exigências do concorrido mercado de trabalho.

A partir das atividades em um NPJ, por diversas vezes, os acadêmicos podem se deparar com uma situação na qual não há a necessidade de judicialização, pois pode ser resolvida por meio do modelo de resolução de conflitos Multiportas, como conciliação e mediação, havendo a possibilidade de elaboração de acordo entre as partes envolvidas. Também podem surgir situações que podem ser solucionadas de formas extrajudiciais. Ao enfrentar esses cenários na prática, o estudante pode aprender a evitar lotar o judiciário de processos de forma desnecessária e a raciocinar mais adequadamente, buscando resoluções mais rápidas e eficazes que proporcionem um resultado de melhor qualidade e menos custoso.

Com base no exposto, pode-se concluir que é primordial a existência e operação dos Núcleos de Prática Jurídica para a formação de profissionais juristas devidamente capacitados para o mercado de trabalho. A prática é tão importante quanto a teoria no que se refere ao aprendizado, já que conhecimento não aplicado se torna apenas informação acumulada sem qualquer valor real. Ainda mais, em uma sociedade que cada vez mais expande seus horizontes e busca inovação.

Os NPJs possuem papel demasiado importante nesse âmbito, porém, infelizmente, nem sempre recebem a devida atenção, faltando a estrutura necessária e ideal para o desenvolvimento das atividades práticas com o acompanhamento adequado. Justamente por essa razão que se torna mais relevante ainda a parte da tecnologia no aprendizado e na progressão da formação acadêmica.

Em suma, os Núcleos de Prática Jurídica são parte imperiosa no cenário do ensino jurídico em território brasileiro. Não somente complementam a educação teórica, como também auxiliam na preparação de estudantes para o enfrentamento dos desafios práticos e éticos presentes na profissão jurídica. Sendo assim, o aprimoramento ininterrupto dos NPJs se demonstra vital para a manutenção da relevância e da eficácia do ensino jurídico, permitindo o asseguramento da formação de futuros juristas comprometidos e bem equipados para contribuir com a sociedade e o sistema jurídico.

3 | A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA POR MEIO DOS NÚCLEOS DE PRÁTICAS JURÍDICAS

É importante salientar que o acesso à Justiça está previsto na Carta Magna de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXXV “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, conforme evidência (Assis; Dias, p.2) trata-se de um direito fundamental, dessa forma se percebe a importância do papel dos NPJs, para que esse direito seja efetivado, principalmente aos mais vulneráveis na sociedade, evidenciando que o conceito de cidadania não se limita ao direito de votar e ser votado (Assis; Dias, p.16).

A todos deve ser garantido um processo justo - célere, que garanta o contraditório e a ampla defesa, e que possibilite que as partes estejam em situação de equilíbrio na relação processual.

O acesso à justiça por meios dos núcleos pode apresentar certa ambiguidade quanto a sua efetividade, de acordo com Alencastro (2010, p.8), pois eles podem contribuir tanto para a reprodução da injustiça quanto para o acesso a mesma em sentido amplo. Podem reproduzir injustiça quando estiverem mal estruturados, quando os acadêmicos, procuradores e docentes não estiverem comprometidos com a representação dos interesses dos assistidos, quando assistidos olvidam de seu papel ativo como parte trazendo documentos e informações necessárias, quando o Poder Judiciário não compreende

a condição *sui generis* dos NPJs, próxima das defensorias públicas, muitas vezes necessitando dilação de prazos a fim de assegurar um bom atendimento à comunidade.

Além do mais, nossa própria Constituição traz em seu artigo 5^a, inciso LXXIV, que o “Estado prestará assistência judicial integral e gratuita aos que provarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988). Atrélendo isso à resolução nº7, de 18 de dezembro de 2018 do Conselho Nacional de Educação, é dever das instituições de ensino superior trazerem em seu currículo um planejamento que englobe a comunidade. Nesse sentido, as instituições com ensino jurídico atuam, por meio de seus Núcleos, como meio de acesso à justiça para as classes mais vulneráveis da sociedade - nesses espaços se faz presente uma equipe técnica especializada, formada por professores e advogados, como o caso da UNIOESTE. Esses espaços são considerados não formais institucionais, pois visam a participação de professores e advogados na construção de conhecimento dos estagiários, ora alunos da instituição (CARVALHO, p.02, 2014).

A Constituição Federal de 1988, garante ainda, no mesmo artigo 5^o, inciso LXXIV, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Esta previsão busca efetivar o acesso à justiça, de maneira que, é possível que os sujeitos busquem as defensorias públicas, nomeação de advogados dativos ou, os Núcleos de Prática Jurídica das universidades. Verifica-se assim, que a existência e estruturação adequada dos NPJs, além de garantir ensino prático e extensão, ainda colocam as universidades como protagonistas na concretização da garantia constitucional do acesso à Justiça - objetivo 10: redução das desigualdades e 16: paz, justiça e instituições eficazes da Organização das Nações Unidas.

Além do atendimento a classes mais vulneráveis da sociedade, há também o contato do aluno com esse público, onde se faz presente uma via de mão dupla, pois os alunos além de vivenciar a difícil realidade dessa classe, também desenvolvem o conhecimento atrelado à teoria daquilo que se vê em sala de aula, aprimorando cada vez mais a prática da advocacia.

Destarte, verificamos a salutar importância que o núcleo de prática jurídica possui para os cursos de graduação em Direito, reverberando-se que, somente a partir da aplicação do conteúdo didático em experiências e situações concretas do dia a dia é que se torna possível desenvolver um efetivo exercício profissional mais próximo da realidade e compatível com as demandas e necessidades da sociedade. (BEZERRA et al., 2021)

Essa prática se destina aos alunos das séries finais do curso de Direito, tendo em vista que eles já possuem um conhecimento mais aprofundado dos assuntos aos quais serão destinados a atender, bem como um vasto saber hermenêutico jurídico para vivenciar essa experiência de forma mais agradável possível.

Por se tratar de um espaço não formal institucional, há diversas trocas de conhecimento entre esses alunos, professores e advogados, tendo em vista que os últimos

devem estar regularmente inscritos na OAB, pois são eles quem realizam as audiências e a revisão das peças realizadas pelos orientados.

Menciona-se ainda, a importância da Portaria de nº 1.886/94, a qual determina em seu artigo 7º, que os cursos de Direito devem desenvolver atividades que integrem ensino, pesquisa e extensão que incentivem uma formação social, técnica, política e prática. O NPJ concretiza tal proposta, integrando em suas atividades práticas o ensino e a extensão.

4 | NPJ UNIOESTE/PR FRANCISCO BELTRÃO: NECESSIDADE DE RECONSTRUÇÃO DA MEMÓRIA

Para reconstruir as memórias e eternizá-las por meio da escrita, foi necessário a realização de entrevistas com as pessoas que fizeram parte desse processo de criação até o momento presente. Pessoas que participaram de diversas formas, compartilharam suas lembranças vivenciadas nas atividades realizadas no NPJ, como coordenadores, colaboradores, estagiários e alunos. Segundo o sociólogo francês Maurice Halbwachs: “(...) cada memória individual é um ponto de vista sobre a memória coletiva, que este ponto de vista muda conforme o lugar que ali eu ocupo, e que este lugar mesmo muda segundo as relações que mantenho com outros meios”. (1990, p.51). Sendo assim, podemos dizer que as memórias individuais se formam a partir de lembranças, as quais estavam ou estão envolvidas por interações sociais, resultando em memórias de caráter coletivo.

A sucessão de lembranças, mesmo daquelas que são mais pessoais, explica-se sempre pelas mudanças que se produzem em nossas relações com os diversos meios coletivos, isto é, em definitivo, pelas transformações desses meios, cada um tomado à parte, e em conjunto. (HALBWACHS, 1990, p. 51)

Nas entrevistas, as lembranças compartilhadas de natureza individual, adotaram posteriormente um caráter coletivo, possibilitando armazenar as informações obtidas em cada período, em forma de um memorial do NPJ. O objetivo do trabalho era resgatar as memórias desde a criação do NPJ, pois não existia nenhum registro de suas atividades. Isto ocorre porque, tendo em vista o NPJ constar do Plano Político Pedagógico do curso, as Resoluções 77/2017 COU e 250/2017 CEPE da Unioeste/PR garantem autonomia ao NPJ para andamento das atividades e criação e andamento de projetos. Dessa maneira, inexistindo trâmite interno, não há registro das atividades realizadas.

Sabe-se que as lembranças individuais, recordadas em meio ao contexto social e histórico, como ocorreu nesse trabalho, configura-se em Memorial Institucional, o qual ficará registrado por meio das transcrições das entrevistas(textos), imagens, ou documentos que foram resgatados. Como é referenciado por Ecléa Bosi: “a função da memória é o conhecimento do passado que se organiza, ordena o tempo, localiza cronologicamente.” (BOSI, 1998, p.89)

Ao resgatar o passado e criar um Memorial Institucional, por meio de registros, observando a ordem cronológica em que os fatos ocorreram é possível verificar o quanto o NPJ foi, é e continuará sendo importante para a comunidade acadêmica do curso de Direito da UNIOESTE do Campus de Francisco Beltrão, assim como para a comunidade a que ele se propõe atender.

A metodologia utilizada para a coleta de dados desta pesquisa foram as entrevistas estruturadas e as questões perquiriam sobre o tempo de coordenação, estrutura física do escritório, advogados, projetos e atividades realizadas. As dificuldades enfrentadas foram descobrir inicialmente os coordenadores, para enviar os questionários, já que inexistiam registros no setor. Ainda, duas coordenadoras não responderam os questionários, tornando necessário verificar atas do colegiado do curso dos anos em que estiveram em tal função, a fim de verificar a existência de informações nas atas acerca de eventuais projetos.

Após a coleta de dados, estes foram tabulados para otimizar a análise e possibilitar uma organização cronológica dos fatos, que ora são apresentados.

O curso de Direito da UNIOESTE no Campus de Francisco Beltrão iniciou suas atividades em 2003. Logo após a sua implantação, foi necessária a implementação do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) por força de determinação do Conselho de Educação desde 1994, bem como com o intuito de contribuir e fazer sentido a teoria ensinada em sala de aula.

O primeiro passo era conseguir um espaço físico, para que os alunos pudessem acompanhar e realizar atendimentos a comunidade em geral. Aplicando o conhecimento teórico na prática, por meio de atendimentos a comunidade, orientados pela equipe de professores, proporcionando aos futuros advogados o enriquecimento na aprendizagem.

Hoje este espaço físico existe e realiza satisfatoriamente os objetivos que a ele foi designado, embora tenha transitado por vários espaços da universidade até chegar ao Bloco IV. Funciona atualmente nas dependências da UNIOESTE do Campus de Francisco Beltrão, Bloco IV, térreo, mas até o presente momento, não se tinha registros das atividades proporcionadas a comunidade, nem registros cronológicos dos coordenadores ou professores orientadores, profissionais que auxiliaram na aprendizagem prática dos acadêmicos, desde sua criação. Portanto, o trabalho de resgate de memórias se fez necessário, com o intuito de deixar registrado por meio de depoimentos, imagens e de documentos a criação e os melhoramentos e aperfeiçoamentos realizados no decurso do tempo desse importante instrumento de Ensino-Aprendizagem e extensão na prática que é o NPJ.

5 | ENFIM - O NPJ UNIOESTE/PR

Como mencionado anteriormente, a primeira turma do Curso de Direito da UNIOESTE do Campos de Francisco Beltrão teve seu início no ano de 2003. E o NPJ teve sua organização e implementação em meados do ano de 2006/2007.

Ao ser entrevistado o Senhor João Paulo da Rocha, então aluno da primeira turma do Curso de Direito da UNIOESTE, e agente administrativo da instituição, foi o Co-fundador do NPJ. Como compunha os quadros dos agentes administrativos, colaborou com a institucionalização do NPJ. João relatou que, desde o início o NPJ foi denominado como Núcleo de Práticas Jurídicas. Para a implementação, segundo o entrevistado, foi realizada visita técnica à Unioeste de Marechal Cândido Rondon, onde o curso de Direito já funcionava a mais tempo, com atividades já em andamento em seu próprio NPJ. Tal visita proporcionou aos fundadores as primeiras noções acerca da configuração e organização do NPJ para o início dos trâmites para a consolidação do NPJ em Francisco Beltrão. Também foram coletados na oportunidade modelos de formulários e regimentos para criar uma base sólida no início dos trabalhos para o Núcleo.

O entrevistado lembrou ainda que a primeira turma de Direito da UNIOESTE era composta por quarenta alunos. O NPJ era pequeno e com recursos limitados, incluindo uma sala pequena no bloco I (entrada pela Rua Maringá, primeira sala ao descer as escadarias), um computador antigo, sem impressoras e biblioteca adequada. No entanto, ao longo do tempo foi expandindo suas atividades. Expôs que os objetivos iniciais eram oferecer uma experiência prática em Direito para os estudantes e atender às necessidades jurídicas da comunidade local, pois as pessoas interessadas em assistência jurídica procuravam voluntariamente o NPJ, em busca de auxílio legal. Inclusive, na época, existiam atividades do Núcleo dos Direitos da Infância e Juventude juntamente com o Núcleo de Práticas Jurídicas. Na época o agente João estava responsável pela implementação do Núcleo, juntamente com a coordenação do curso de Direito.

Na entrevista, João ao ser questionado sobre como era a assistência jurídica na época, apontou que era inteiramente responsabilidade dos alunos, incluindo tanto o atendimento jurídico quanto o trabalho administrativo. E ponderou que “essa dinâmica era bastante diferente da estrutura atual do NPJ”. Para Seu João: “Conciliar, ser aluno, e cuidar o NPJ foi desafiador, exigindo um equilíbrio cuidadoso entre minhas responsabilidades acadêmicas e administrativas. No entanto, essa experiência foi incrivelmente enriquecedora, ensinando-me muito sobre organização e liderança.”. Como agente da instituição, o entrevistado teve como função administrativa o NPJ na época, pois o curso contava com poucos docentes.

O sr. João disponibilizou à pesquisa os primeiros documentos do NPJ, dos quais pode ser percebido um número de x atendimentos, especialmente nas áreas jurídicas de Direito Civil e Penal. Os docentes eram responsáveis técnicos pelos processos, já que ainda inexistia estruturação para contratação de advogados.

No período seguinte, maio de 2008 a março de 2009, o NPJ, que funcionava no bloco I, foi coordenado pela Professora Dra. Marta Botti Capellari. Relata a Docente que a estrutura era precária e que participavam do NPJ somente os alunos matriculados no 5º ano, na disciplina de estágio II. Os alunos cumpriam 4 horas semanais no escritório modelo no NPJ, chegavam às 13h30 e saíam às 17h30. Eram 40 alunos, os quais eram divididos em grupos e ficavam por 4 horas, juntamente com um professor e a coordenadora Marta. Realizavam os atendimentos à população carente, como ainda acontece hoje. Os critérios para o atendimento aos assistidos, tem por base a renda salarial. São os que realmente necessitam de justiça gratuita. Os alunos é que elaboravam as peças, e os professores corrigiam essas peças.

A entrevistada apontou que o maior problema enfrentado na época era a ausência de espaço físico adequado. Salientou ser uma sala muito pequena, e relatou a ausência de advogados. E que o próprio professor que estava no NPJ tinha que fazer uso do seu registro da OAB, peticionando em seu próprio nome.

Na entrevista a Professora Dra. Marta frisou o comprometimento dos alunos e lembrou da realização de um projeto com parceria do Tribunal de Justiça, citando a Dra. Joeci Camargo, desembargadora no Tribunal, a qual realizava um projeto chamado de Justiça no Bairro. Na parceria com o TJ, contou-nos a Professora, que locaram um ônibus e foram com 40 alunos do 5º ano até Palmas/PR, atender a população vulnerável do município. Declarando com entusiasmo e detalhadamente na sua entrevista, que foi um evento cansativo, porém marcante.

Relatou-nos também que a Dra. Joeci fazia o treinamento com os alunos de como usar o sistema. Professora Marta: “funcionava da seguinte forma, a pessoa chegava aqui, já fazia a petição, já faz a audiência e a sentença no mesmo dia, então ela convocava os juizes da comarca de Francisco Beltrão e trazia juizes junto com ela, então peticiona e sentencia, tudo no mesmo dia. A pessoa já saía dali com a sentença transitada em julgado, o que mais me marcou dessa época foi esse projeto.”

Lembrou também que o Sesc, outro grande projeto os auxiliava, porém com o passar dos anos acabaram perdendo a parceria.

No período seguinte (2009/2010), o objetivo era melhorar a estrutura física e adquirir computadores, passando a funcionar em uma sala no Bloco IV. Nesse período a Professora Coordenadora era a Professora Dra. Gabriela de Camargo Hizume, com a qual não foi possível a realização da entrevista. As petições ainda estavam sendo assinadas pelos docentes orientadores. Neste período houve a transferência de local do NPJ do bloco I para o bloco IV.

No período de 2011 a 2013, o NPJ foi coordenado pela Professora Dra. Melissa Barbieri de Oliveira. Foram muitas atividades desenvolvidas no período e a professora destacou algumas, consideradas mais importantes. Destacou que desde o início, as atividades eram e ainda são pautadas no atendimento jurídico de pessoas vulneráveis,

as que não possuem condições para arcar com as despesas de representação de um advogado particular. Sempre houve critérios de atendimento limitando a renda para o atendimento jurídico. Porém, o ponto principal, como disciplina do curso de Direito era e continua a ser a formação dos discentes do curso, que no estágio II poderiam ter contato com a prática real da advocacia, sob orientação dos/as professores/as do curso.

Apontou que na época ainda não havia advogado/a para atuar no NPJ e quem fazia esta função eram os próprios professores orientadores, como professor Oscar Danilo Maciel que respondia por vários processos. Essa era uma situação que demandava muito da coordenação, pois o número de atendimentos e processos aumentavam a cada ano até que ficou inviável para os docentes manterem a gestão dos processos. Assim, depois de diversas solicitações, a universidade primeiramente designou um funcionário concursado em outra função da Unioeste, que também era advogado para assumir os processos em andamento – todavia, tal atuação acabou não ocorrendo, pois na sequência foi designada vaga de contratação temporária para esta função via PSS – Processo Seletivo Simplificado.

Desta forma, uma das atividades que a coordenação incentivava eram as conciliações, evitando a propositura de mais ações litigiosas e propiciando aos alunos a oportunidade de agirem como mediadores de questões trazidas pelos assistidos antes de levar o problema para o poder judiciário. Citou que para viabilizar esse contexto, o regulamento de estágios da época previa, no art. 19, incisos I e II da resolução 306/06 - CEPE;

Art. 19. O tempo destinado às atividades de estágio real, desenvolvido junto ao Escritório Modelo de Assistência Jurídica, pode ser cumprido, substitutivamente, através de:

I - estágio realizado através do desenvolvimento de projeto alternativo de estágio aprovado na forma prevista neste Regulamento;

II - estágio realizado junto aos Juizados Especiais de Conciliação.

Salientou que atendendo ao inciso I, a professora Andrea Regina de Moraes Benedetti propôs um projeto de Extensão chamado – Núcleo de Direitos Humanos que ocorria no mesmo espaço, em horário alternativo. Além disso, foi firmado um convênio e um termo de cooperação, com base no projeto do NDH. O convênio foi firmado com o Juizado Especial Cível, para que os alunos pudessem fazer as conciliações conforme o inciso II, do referido artigo 19, sendo que os professores Elmer Marques, Giselly Campello Rodrigues e Daniele Prates Pereira acompanhavam as atividades, atuando nas audiências. Já o termo de cooperação foi firmado com a Vara da Infância, Juventude e anexos, para viabilizar as atividades do NDH, no sentido de instaurar as atividades do polo avançado de conciliação, decorrente do programa Justiça no Bairro.

As atividades relativas ao compromisso firmado com a Vara da Infância, da Juventude e anexos, eram desenvolvidas pelo polo de conciliação, por decisão da Dra. Carina Daggios, juíza titular da respectiva vara.

Relatou ainda que a estrutura era no mesmo espaço, porém, menor que atualmente o espaço utiliza duas salas e na época era uma sala só. E que quando começou não havia as divisórias, com salas individuais para atendimento e esta foi uma reforma que aconteceu enquanto ela coordenava o NPJ. E que para fazer os atendimentos, bem como as audiências de conciliação, os alunos subiam até o segundo andar e utilizavam a sala ao lado do miniauditório.

As dificuldades enfrentadas na época, segundo a professora Melissa eram duas: a falta de advogado para atender exclusivamente ao NPJ e a constante resistência que os alunos tinham em participar do NPJ. Salientou que como as turmas iniciais de alunos já trabalhavam em empregos formais, era difícil fazer com que compreendessem que precisavam disponibilizar uma tarde por semana para cumprir com as atividades do estágio II.

O Professor Dr. Elmer da Silva Marques coordenou o NPJ, no período de fevereiro de 2014 a fevereiro de 2015. O Professor relatou que as atividades do NPJ eram normais, ou seja, atendimento ao público. E que na mesma época coordenava o Estágio I, do quarto ano. Quanto a estrutura física, disse que é o mesmo espaço onde se encontra hoje e que houve mudanças na organização do espaço interno da sala.

Ao falar das dificuldades enfrentadas na época, mencionou que os acadêmicos do quinto ano já estavam sobrecarregados com disciplinas, monografia e estágios externos, estavam também dedicados às provas da Ordem dos Advogados do Brasil, e para eles, as atividades do NPJ significava mais uma obrigação a cumprir. Sobre o espaço, apontou que até se poderia ter um espaço melhor, no entanto disse ser um espaço adequado, onde não falta material de uso cotidiano, como papel, e possuía computadores, internet, mesas e cadeiras para andamento aos atendimentos. Não citou nenhum projeto que tenha iniciado no seu período de coordenação, que eram atividades ordinárias. Nesse ponto da entrevista, lembrou-se que ao sair da coordenação do NPJ, assumiu a coordenação do curso de direito, onde elaborou e aprovou um novo regulamento para o NPJ e para os estágios, os quais ficaram mais próximos da realidade praticada no NPJ, dividindo a carga horária presencial e prática à distância para composição da carga horária do estágio II, realizado diretamente no NPJ. Acrescentando ao final que o regulamento anterior não contemplava o uso da internet, e que hoje os processos judiciais são realizados por meio dessa ferramenta que é a internet.

Em 2016 o docente Claudio Antônio de Paiva Simon foi coordenador do NPJ. Contudo, ao longo do exercício da função foi aprovado em outro concurso e pediu exoneração da instituição. A partir de então, assumiu a coordenação do NPJ a docente Andressa Fracaro Cavalheiro.

Durante esta gestão a organização normativa do NPJ foi renovada, com apoio do docente Elmer da Silva Marques que estava na coordenação do curso de Direito. Estas

resoluções estão vigentes e estruturam o núcleo e suas atividades: Resolução 77/2017 COU e 250/2017 CEPE.

Não foi possível realizar a entrevista com a Docente Andressa Fracaro Cavalheiro, a qual coordenou o NPJ por seis anos – de 2016 a 2021. Seu mandato foi prorrogado devido ao período de Pandemia de Covid-19. A docente ampliou o espaço para duas salas e reorganizou o espaço interno, com copa e sala de reuniões, conseguindo algumas doações, como quadros, geladeira e microondas.

A gestão da docente durante a pandemia foi desafiadora, as atividades dos acadêmicos foram realizadas de forma remota no ambiente digital, dando seguimento aos prazos de processos que já estavam em andamento antes da pandemia, por segurança, os atendimentos novos foram suspensos naquele período. O retorno às atividades foi complexo, já que ainda havia muita dúvida quanto a como garantir a segurança dos acadêmicos e docentes no atendimento à comunidade externa.

De novembro de 2021 até novembro de 2023, a pessoa responsável pela coordenação do NPJ, foi a Professora Dra. Daniele Prates Pereira. A docente relatou que uma das primeiras atividades realizadas ao assumir o NPJ, foi reorganizar todo o espaço físico, bem como o sistema de arquivamento e transição dos processos físicos para um controle digital via plataforma Teams. Foi necessário também realizar a padronização de alguns procedimentos, tendo em vista a transição de orientadores e acadêmicos, assim, foi elaborado um manual de procedimentos. Que com a ajuda da professora Maruccia Robustelli, então docente colaboradora (PSS), foi realizado um inventário de todas as pastas existentes no NPJ. Apontou que tudo o que havia no NPJ foi digitalizado durante o período de um ano – já que o volume de “papeis” era muito grande, podendo assim descartar as anotações e processos físicos, contribuindo para a organização e melhor funcionamento. A advocacia ainda estava sendo realizada por advogado contratado via comissão ou PSS. No início das atividades a advogada era a Dra. Fernanda Freire Darros, e posteriormente, assumiu a Dra. Bruna Bordin, que permanece até o presente momento.

Quanto a estrutura física, manteve-se a mesma de sempre, porém com alterações na organização e distribuição de salas. Foi desconstituída a sala de reuniões, ficando a mesa de reuniões disposta na sala de estágios, e foi designada uma sala para arquivos. A Copa foi reorganizada, com alguns equipamentos recebidos de outros projetos, com o intuito de proporcionar um local acolhedor aos acadêmicos, docentes, advogada e demais membros da equipe.

Uma das dificuldades enfrentadas no dia a dia do Núcleo era conseguir um login institucional para acessar o Projudi, já que os alunos não possuem acesso aos autos digitais, o que dificultava muito o acompanhamento dos casos. Por esse motivo, a advogada do NPJ precisa atualizar as informações acerca de prazos, movimentações etc. Todas as terças e sextas-feiras, inserindo as informações, caso a caso, na plataforma Teams. A Professora Daniele tentou solucionar essa questão, entrou em contato com o Tribunal de

Justiça, porém o resultado do protocolo foi negativo alegando questões de segurança e interoperabilidade.

Foram realizados vários projetos, entre eles citou o atendimento na Praça de Francisco Beltrão, o qual foi efetivado pelos alunos da UNIOESTE, para a população de forma gratuita. E no ano de 2023, salientou ela, que a parceria iria ocorrer com o NUMAPE - Núcleo Maria da Penha. Alunos que necessitassem o cumprimento de horas confeccionariam petições para o NUMAPE, auxiliando os advogados daquele Núcleo. A docente Daniele teve o cargo de coordenação prorrogado em novembro de 2023 até novembro de 2025. Uma novidade no NPJ que ocorreu nos últimos meses de sua coordenação foi a inserção dos alunos do 1º ano de direito para a realização de auxílio nos atendimentos, fazendo a triagem, auxiliando alunos do 5º ano e se inserindo nesse mundo jurídico como forma de curricularização de extensão de disciplinas iniciais. (Resolução 085/2021-CEPE - Ordem de Serviço 01/2023-PROGRAD/PROEX). No ano de 2024, o projeto para cumprimento de horas de estágio prático para acadêmicos que necessitassem horas além do NPJ foi com a UNATI – Universidade da Terceira Idade, levando informações jurídicas importantes a este público.

Os advogados com contratação temporária que já atuaram no NPJ foram: Geraldo Alves Taveira, Pedro Junior dos Santos da Silva, Celio José de Carvalho Satyro, João Pedro Rodrigues Davidonis, Fernanda Freire Darros e Bruna Regina Bordin. No ano de 2024 houve homologação da vaga em concurso para advogado/a do NPJ, com atuação conjunta em relação ao campus, no 13º Concurso Público Unioeste. Aguarda-se nomeação.

A atuação durante todos estes anos, se reflete na estruturação atual dos atendimentos do NPJ.

Com o passar do tempo as atividades foram se aprimorando e as áreas de representação jurídica dos assistidos acabaram tendo ajustes por força da capacitação dos profissionais procuradores, da orientação docente e do acesso à estrutura física e veículos institucionais para deslocamentos. A partir de 2021, as áreas de atuação do NPJ ficaram definidas como: elaboração de contratos, atendimentos administrativos e judiciais de ações de danos (mediante avaliação), direito de família, direito do consumidor, defesas tributárias (mediante avaliação), possessórias, ações de medicamentos, trânsito, opção de nacionalidade, LOAS, salário maternidade, retificação de nomes, alvarás e interdições. As orientações jurídicas e contratos são oferecidos a toda a comunidade. Já a representação judicial acontecerá apenas para assistidos que se enquadrem nos critérios socioeconômicos (atualmente renda *per capita* familiar de um salário-mínimo). O assistido e sua família, para serem atendidos no Escritório Modelo de Prática Jurídica, não podem ter patrimônio incompatível com sua situação financeira ou que demonstre ser possível a contratação de advogado particular.

Durante o ano letivo de 2021 (de nov/2021 a ago/2022 já que o calendário foi prejudicado pela pandemia), 23 pessoas receberam orientação jurídica, porém não se

enquadravam na triagem socioeconômica para ajuizamento. Ainda, 37 receberam orientação jurídica, situação socioeconômica compatível, porém não trouxeram documentação necessária ou desistiram de propor a ação por razões pessoais. Quatorze pessoas buscaram o NPJ apenas para tirar alguma dúvida jurídica e quatorze desejavam atendimento para Direito Penal, área em que o NPJ não atua. Houve 3 soluções extrajudiciais. Dezesete pessoas não tiveram suas demandas ajuizadas por complexidade do processo ou falta de elementos probatórios iniciais. Ao total foram 157 atendimentos no ano letivo de 2022. Contando com as ações que já estavam em andamento anteriormente ficaram em trâmite 176 processos.

No ano de 2022/2023, a atuação apresentou os seguintes números:

PROGRAMA	TIPO DE ATENDIMENTO	QUANTIDADE DE ATENDIMENTOS 2022	QUANTIDADE DE ATENDIMENTOS 2023
Núcleo de Práticas Jurídicas – NPJ (Daniele Prates Pereira)	Processos ativos	143	123
	Processos arquivados	33	74
	Processos novos	43	59
	Processos ajuizados	43	59
	Atendimentos	380	450
	Audiências	42	47
		Acordos homologados – 31	
		Procedimentos administrativos - 03	

Quadro 01: Atividades NPJ 2022/2023

As formas adequadas de solução de conflito (por meio especialmente da conciliação) se sobressaíram - foram realizados 31 acordos durante o ano letivo, que, por ainda se encontrar em descompasso com o ano civil em decorrência da pandemia SARsCov19 foi entre 2022 e 2023. Foram realizados 450 atendimentos de segunda-feira a quinta-feira (dias em que há atendimento no núcleo), entre os quais foram ajuizados 59 processos novos. Os demais ainda ficaram em análise, ou foram situações em que os assistidos buscaram orientações, ou casos de não enquadramento nas áreas e/ou triagem socioeconômica.

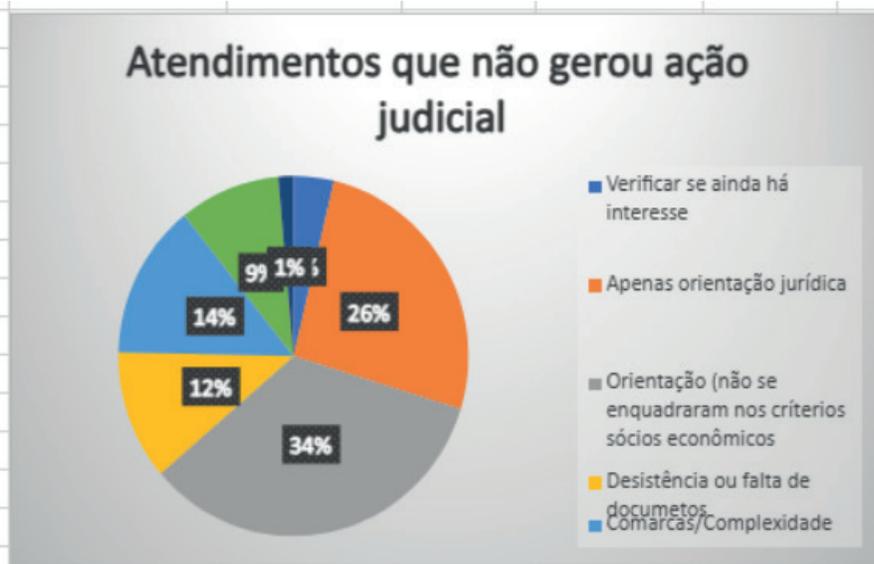


Gráfico 01: Atendimentos sem ajuizamento

Da análise dos dados, 34% dos atendimentos que não geraram ações foram em decorrência do não enquadramento nos critérios socioeconômicos. A partir desses dados, os critérios foram revistos tomando-se por base a triagem da Defensoria Pública do Estado do Paraná (alteração da resolução em trâmite).

Dos referidos atendimentos, 26% compareceram ao NPJ apenas a fim de tirar dúvidas jurídicas. Ainda, 14% não foram passíveis de ajuizamento tendo em vista a alta complexidade da causa ou por serem processos de outras comarcas. Algumas pessoas preferiram dar andamento em outros núcleos ou constituíram advogados particulares, após as orientações (9%). E 1% dos atendimentos que não geraram ação foram solucionadas de forma administrativa.

A análise permitiu verificar alguma desídia por parte de alguns assistidos. Após as orientações, 12% desistiram da propositura da demanda ou deixaram de trazer a documentação necessária, mesmo enquadrando-se na triagem para atendimento. Alguns ainda iriam conversar com familiares e definir se entrariam com a ação judicial, sendo estes 6% dos atendidos que não geraram ajuizamentos. Inclusive, alguns no decorrer do processo mudam de endereço ou telefone e não informam o NPJ, tornando difícil o contato.

O NPJ do curso de Direito da Unioeste Francisco Beltrão tem como missão, promover o acesso a direitos à comunidade, inserindo os acadêmicos do curso de Direito na realidade prática da profissão e das demandas sociais; sua visão é prestar serviço de qualidade e preparar o acadêmico para uma atuação profissional ética e humanizada, e os valores são: Extensão; Ensino prático; Responsabilidade; Acesso a direitos.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com este trabalho procurou-se demonstrar o quão importante é termos no processo de Ensino-Aprendizagem a teoria atrelada à prática. Nesta perspectiva, o NPJ é elemento fundamental para a formação acadêmica em Direito.

Foi possível também verificar o quanto é necessário esse atendimento feito pelo NPJ a população de baixa renda, para que eles tenham, de certa forma acesso à justiça gratuita e de qualidade. Possibilitando o conhecimento de seus direitos e se necessário reclamá-los pelo devido processo legal.

Há uma parceria entre as atividades do NPJ da universidade e a Defensoria Pública atualmente. Enquanto a Defensoria atua na esfera Penal e na proteção da infância e juventude, o NPJ atua nas áreas cível, família em geral e esferas administrativas (contratos, multas, tributação municipal, entre outros.).

O período pandêmico reduziu os números de atendimentos do NPJ de Francisco Beltrão, outro prejuízo é o calendário acadêmico que ainda se encontra em descompasso com o ano civil. Isto tem um impacto considerável, já que em dezembro quando há recesso forense os alunos estão em aula, e em julho, quando há plena atividade, os acadêmicos estão em férias, paralisando os atendimentos.

Todavia, o NPJ da Unioeste Francisco Beltrão garante ao acadêmico a experiência imersiva na advocacia, desde o atendimento até a finalização dos processos. Os alunos atendem, entram em contato com os assistidos, confeccionam as peças processuais, requerem documentos, participam de audiências de seus assistidos, constroem memoriais para a procuradora, propõem acordos, negociam, apresentam questionamentos a serem realizados em audiência (pontos controversos), desenvolvendo *soft skills* necessárias ao profissional do Direito em qualquer área de atuação.

Atualmente, a estrutura física local é adequada aos atendimentos e à equipe. Por outro lado, os equipamentos de informática estão defasados, não funcionam adequadamente, forçando os acadêmicos a trazerem seus próprios computadores.

A secretária é estagiária de graduação, o que prejudica a atuação, já que sazonalmente há substituição dela, interrompendo a harmonia da dinâmica dos procedimentos.

A nomeação de advogada/o concursada será um fator fundamental para o andamento das atividades, garantindo uma sequência do profissional técnico responsável pelos processos.

De toda forma, há que se destacar que ao longo dos anos, com tantas intercorrências e num caminho de consolidação, o Núcleo de Práticas Jurídicas tem um papel fundamental no atendimento da comunidade externa. São praticamente quinhentas pessoas atendidas todos os anos, tendo suporte jurídico para tomar decisões, e, quando necessário e sob enquadramento nos critérios socioeconômicos, acessando um serviço de proteção de direitos e interesses que não teriam em outros espaços.

Os NPJs merecem um olhar mais significativo das universidades, deveriam receber bolsistas, bem como recursos de extensão. Após a curricularização da extensão, não houve um olhar aos NPJs – atividades práticas extensionistas já curricularizadas desde a década de 90. Por não terem natureza de projeto de extensão, não conseguem concorrer a bolsas para acadêmicos, e como não consta em planos de ensino, mas sim no Plano Político Pedagógico do curso de Direito por determinação do MEC, é muito complexo conseguir recurso financeiro, equipamento ou bolsistas.

Estruturar NPJs é sinônimo de garantia de acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Ecléria Huff de. **O serviço social nos núcleos de prática jurídica das instituições de ensino superior do Rio Grande do Sul: entre o acesso à justiça e a reprodução da injustiça.** 2010. Porto Alegre, 2010. 175 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Porto Alegre, RS, 2010. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/5217/1/000423949-Texto%2BParcial-0.pdf>. Acesso em 18/02/2024

BEZERRA, Robson Carvalho de (et.al.). A contribuição do núcleo de prática jurídica para a formação integral do bacharel em direito – 2021. **Reflexões sobre direito e sociedade: fundamentos e práticas.** Fernanda Miler Lima Pinto (organizadora) – Ponta Grossa: Aya, 2022. 316 p. Disponível em: <https://ayaeditora.com.br/wp-content/uploads/Livros/L173C17.pdf>. Acesso em 14/02/2024.

BOSI, E. **Memória e sociedade: lembranças de velhos.** 5ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

BRANDÃO, Hugo Pena. Competências no trabalho: uma análise da produção científica Brasileira. **Estudos de Psicologia**, 2007, 12(2), 149-158. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/epsic/a/M6mKhjCcWBQZ9jKZhx4jzN/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 18/02/2024

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. MEC. Ministério da Educação. Portaria 1886/94.

LIMA, Valeria Vernaschi. Espiral construtivista: uma metodologia ativa de ensino-aprendizagem. **Interface (Botucatu)**. 2017; 21(61):421-34. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/icse/a/736VVYw4p3MvtCHNvbvHrL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10/04/2024.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: Saberes necessários à prática educativa.** 34ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1996 (Coleção Leitura)

HALBWACHS, Maurice. **A memória coletiva.** São Paulo: Vértice, 1990.

OLIVEIRA, Rezilda R.; PEREIRA, Francinete Paula A. Avaliação apreciativa de um Núcleo de Prática Jurídica. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 13 n. 2, p. 537-566, maio-ago 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/R3r6Pffpqh3SHPz8gsqQSCd/?lang=pt&format=pdf> . Acesso em 18/02/2024.

PEREIRA de Assis, W., & DIAS, B. S. (2021). Núcleos de Prática e Assistência Jurídica (NPAJ) de Instituições de Ensino Superior (IES): Instrumento de cidadania e acesso à justiça. **Conjecturas**, 21(2), 342–359. Disponível em: <https://doi.org/10.53660/CONJ-206-616>. Acesso em: 05/03/2024.

VERCELLI, Lígia de Carvalho Abões. **A Extensão Universitária com Foco no Núcleo de Práticas Jurídicas**. 2015.

O PROJETO DE LEI Nº 6.204/2019 E OS EVENTUAIS OBSTÁCULOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CIVIL NO BRASIL

Data de submissão: 07/02/2025

Data de aceite: 05/03/2025

Yago Queiroz dos Santos

RESUMO: A ampliação desjudicialização da execução civil é tema capaz de despertar veementes votos de apoio e de objeção quando da sua discussão de inclusão no cenário normativo brasileiro. Vista por muitos como alternativa à sobrecarga de processos judiciais e efetivação de uma prestação de serviço ao cidadão, tal medida resvala em obstáculos constitucionais de vulto como a inafastabilidade da jurisdição bem como o vício de iniciativa de sua propositura legislativa. No presente trabalho, se tem por objetivo uma sumarização da construção histórica e normativa dos serviços cartoriais bem como uma reflexão acerca da viabilidade do projeto de lei 6.204/2019 atualmente em tramitação no Senado Federal. Ao analisar a matéria sob o prisma do controle de constitucionalidade, alguns fatores levam à sugestão de uma eventual inconstitucionalidade tanto formal quanto material que impossibilitariam a sanção da norma tal qual proposta atualmente, sendo premente o amadurecimento do debate acerca da proposta pelos legitimados apropriados e um melhor desenho

institucional de maneira a conceder ao cidadão um serviço jurisdicional mais célere e eficaz, sem abrir mão das garantias processuais e individuais, próprias de uma democracia Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Desjudicialização da execução civil; Cartórios brasileiros; Projeto de lei nº 6.204/2019.

1 | INTRODUÇÃO

O Projeto de Lei nº 6.204/2019, também conhecida como a Proposta de Lei de Desjudicialização da Execução Civil, foi apresentada com o objetivo de simplificar e agilizar o processo de execução de dívidas no Brasil. Este é um tema de grande importância, uma vez que a eficiência do sistema de execução civil tem sido alvo de críticas ao longo dos anos devido à sua morosidade e complexidade^[1].

Para entender a relevância dessa proposta, é importante examinar o contexto histórico da execução civil no Brasil. Até então, o processo de execução civil era altamente dependente do Poder Judiciário, o que frequentemente resultava

em consideráveis intervalos temporais e custos elevados para todas as partes envolvidas. A proposta visa alterar esse cenário por meio da desvinculação da esfera Judicial de alguns atos relacionados à execução civil^[2].

Com a ampliação de atos vinculados às estratégias de mediação e conciliação, a proposta de Lei nº 6.204/2019 prevê a criação de mecanismos extrajudiciais para a cobrança de dívida, buscando agilizar a penhora de bens, permitindo que o devedor indique quais bens pretende oferecer como garantia.

A desjudicialização da execução civil proposta pode ter vários impactos no sistema jurídico brasileiro. Em primeiro lugar, a agilização dos processos de execução pode reduzir a sobrecarga dos tribunais, possibilitando que eles se concentrem em casos mais complexos. Além disso, a redução dos custos e prazos pode tornar o acesso à justiça mais efetivo para as partes envolvidas^[2].

No entanto, é importante também considerar os possíveis desafios e preocupações que essa proposta pode gerar uma vez que a adequada regulamentação e fiscalização dos mecanismos extrajudiciais é fundamental para evitar abusos e garantir a equidade no processo. Além disso, é preciso avaliar como a proposta afetará os direitos das partes envolvidas, especialmente os devedores^[3].

Um dos principais pontos de preocupação é a possibilidade de que a desjudicialização prejudique os direitos dos devedores. Mecanismos extrajudiciais podem ser mais favoráveis aos credores, deixando os devedores em uma posição desvantajosa, especialmente se não tiverem recursos para se defender adequadamente. Além disso, a mudança, se não regulamentada e fiscalizada devidamente, pode resultar em processos desiguais e injustos. A equidade e imparcialidade do processo podem ser comprometidas, levando a situações de injustiça no caso concreto^[3].

A pressão sobre os devedores para que aceitem acordos extrajudiciais pode ser intensa e, por vezes, insustentável. Isso pode resultar em acordos desfavoráveis ou injustos para os devedores que podem não ter a capacidade de negociar em igualdade de condições. Neste ponto, verifica-se o ponto mais sensível da proposta: embora busque agilizar o processo, pode haver casos em que as partes não tenham acesso adequado a recursos judiciais para resolver disputas complexas ou para contestar ações injustas tomadas nos processos extrajudiciais^[3].

Neste diapasão, por mais que exsurjam posições contrárias ou favoráveis à proposta, se faz necessário observar se – para além dos benefícios ou malefícios pontuais – a medida não estaria, desde logo, contaminada com vícios que, *per si*, impossibilitariam a sua discussão tal qual apresentada e, por via de consequência, sua tramitação como proposta legislativa.

Assim, se faz mister o estabelecimento de um histórico da instituição cartorial brasileira bem como a reflexão acerca da pertinência da ampliação de suas atribuições na execução civil à luz da norma e dos princípios constitucionais.

1.1 Da origem e fundamentação jurídica dos cartórios Brasileiros

Os cartórios brasileiros desempenham um papel fundamental na vida dos cidadãos, lidando com diversos aspectos legais e documentais tendo, por origem, os tempos antigos, com raízes na civilização romana, onde os *tabelliones* eram responsáveis por registros e autenticação de documentos. No Brasil, o sistema cartorial foi introduzido durante o período colonial, com inspiração portuguesa. Desde então, tal instituição passou por várias mudanças e desenvolvimentos até a sua configuração atual^[4].

A fundamentação jurídica dos cartórios brasileiros, atualmente, possui lastro Constitucional e na Lei nº 8.935/1994, que regulamenta a atividade notarial e de registro no país. O artigo 236 da Carta Magna estabelece a necessidade de concurso público para ingresso na atividade notarial e de registro, visando à seleção de profissionais qualificados e garantindo a segurança jurídica dos atos praticados^[5].

A necessidade de regulamentação na área de cartórios remonta a décadas anteriores à promulgação da Lei nº 8.935/1994. O sistema cartorial no Brasil, herdado da época colonial, frequentemente apresentava deficiências em termos de transparência, eficiência e equidade. Era fundamental estabelecer regras claras para garantir a qualidade dos serviços oferecidos pelos cartórios e a segurança jurídica das atividades relacionadas. Com o advento da supramencionada Lei, promulgada durante o governo de Itamar Franco, teve-se um importante marco na regulamentação dos cartórios no Brasil resolvendo uma série de discrepâncias, falta de padronização e adequação normativa ao novo marco Constitucional, recém-inaugurado em solo pátrio^[5].

A lei estabeleceu, conforme já mencionado, a obrigatoriedade de concurso público para ingresso na atividade notarial e de registro, garantindo a seleção de profissionais qualificados e contribuindo para a meritocracia, criando mecanismos para fiscalização e correção dos serviços cartoriais, assegurando o cumprimento das normas e padrões estabelecidos. Em adição, foi possível a definição das competências e funções dos tabelionatos de notas, tabelionatos de protesto, registros civis, registros de imóveis e outros tipos de cartórios, com a fixação de critérios para fixação dos emolumentos.

1.2 Das principais funções exercidas pelos cartórios

Os cartórios desempenham um papel crucial na sociedade brasileira, garantindo autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos e extrajurídicos. Eles acompanham o cidadão desde o nascimento até a morte, registrando eventos importantes como nascimento, casamento, compra de imóveis, entre outros^[6].

Além disso, os cartórios são públicos e disponíveis às pessoas, permitindo que elas busquem seus interesses sendo possível, por exemplo, verificar a matrícula de um eventual registro de imóveis para ter certeza de quem é o proprietário do bem^[14]. Em um país de proporções continentais como o Brasil, os cartórios se mostraram instrumentos

indispensáveis para a manutenção da sociedade, estando presentes desde há séculos com relevância inquestionável ao longo da história^[6].

1.2.1 Registro civil de pessoas naturais

Os cartórios de registro civil são responsáveis pelo registro de nascimentos, casamentos e óbitos, garantindo a autenticidade e legalidade desses eventos, emitindo certidões que são usadas para comprovar o estado civil das pessoas. O registro de nascimento é a base para a identificação legal de uma pessoa. Ele fornece prova de cidadania e identidade, permitindo o exercício de uma série de direitos, como o direito de voto, acesso a serviços públicos e aquisição de documentos pessoais^[7].

Importante mencionar que a atividade de registro civil de pessoas naturais desempenhada pelos cartórios é fonte de valiosas informações relativas aos dados demográficos: Eles ajudam na compreensão da dinâmica populacional, permitindo ao governo planejar políticas públicas, alocação de recursos e estratégias de saúde pública.

Os registros civis, ainda, fornecem a base para a emissão de documentos legais, como carteiras de identidade (assegurando nacionalidade), passaportes (controlando a migração e a imigração) e certidões de casamento sendo, assim, essencial para a administração de diversos serviços governamentais, como registros de propriedade, herança e benefícios sociais^[7].

1.2.2 Registro de imóveis

Os cartórios de registro de imóveis têm sido uma parte fundamental do sistema legal em muitos países, incluindo o Brasil. Sua função principal é registrar e manter registros de propriedade imobiliária, atuando como guardiões da história jurídica de terrenos e edifícios, desempenhando um papel vital na garantia de direitos de propriedade, facilitação de transações imobiliárias e promoção do desenvolvimento econômico e urbano. A história dos registros de imóveis remonta a civilizações antigas, mas a formalização desse sistema moderno na legislação pátria começou no século XIX, com a regulamentação da Lei nº 6.015/73, criando um sistema padronizado de registro em todo o país^[8].

A função de registro de imóveis desempenha um papel crucial na promoção da estabilidade econômica e no desenvolvimento urbano, proporciona segurança aos investidores, facilita o acesso a financiamentos e estimula o mercado imobiliário. Além disso, contribui para a regularização fundiária, melhorando a infraestrutura e a qualidade de vida nas áreas urbanas^[9].

1.2.3 Tabelionato de notas e registro de documentos

O tabelionato de notas, também conhecido como cartório de notas, é uma instituição fundamental no sistema jurídico de muitos países, incluindo o Brasil, desempenhando

diversas funções essenciais que contribuem para a segurança jurídica e a validade de documentos legais. O tabelionato de notas autentica documentos, o que significa que verifica a autenticidade das assinaturas neles contidas, garantindo que as partes envolvidas em um termo sejam realmente quem afirmam ser – conferindo segurança documental no cotidiano forense do país^[10].

O tabelião de notas elabora e emite escrituras públicas, que são documentos legais que formalizam diversos tipos de transações, como compra e venda de imóveis, divórcios consensuais, doações, testamentos, entre outros. Graças a produção destes documentos emitidos, o cidadão comum pode conferir fé pública a uma determinada pretensão de sua vida civil, tendo valor legal e podendo ser usado em tribunais para a defesa ou exigência de algum direito.

1.2.4 Tabelionato de Protesto de Títulos

O protesto de títulos é um procedimento formal realizado por um cartório com o objetivo de cobrar uma dívida de um devedor. Por ser um fluxo de atos capazes de trazer constrição sobre o patrimônio de terceiros, o protesto exige – para o seu início – a apresentação de um título que confirme a pretensão do credor (cheques, notas promissórias vencidas, duplicatas não pagas, entre outros documentos que representam uma dívida); após, o devedor é notificado para realizar o pagamento do principal, além das taxas notariais.

Em caso de não pagamento, o protesto é efetivado com a publicação do mesmo e expedição de uma certidão que possibilita a negativação do devedor juntamente aos serviços de proteção ao crédito. Apesar de não constituir processo judicial, o protesto de títulos tem é capaz de gerar “sanções” ao devedor bem como é elemento probatório utilizável em processos judiciais que tenham por objetivo a recuperação do crédito devido, inclusive na Dívida Ativa^[11].

1.3 O controvertido alargamento do poder cartorial no protesto de títulos

Com o modelo até então exitoso do serviço de cobrança extrajudicial realizado pelos cartórios, somado com o contínuo fluxo de processos capazes de sobrecarregar o Judiciário, surge como alternativa lógica a ampliação da via extrajudicial, conferindo aos cartórios maior autonomia e capacidade de atuação nas lides mais comuns da vida civil.

Apesar de tentadora, a ideia é extremamente controvertida – suscitando efusivos apoios e calorosas objeções – pelo fato de que este “atalho” para a resolução de problemas esbarraria inexoravelmente na flexibilização de garantias só existentes num devido processo legal. Cabe aqui a formação de um juízo de conveniência acerca da pertinência deste tipo de procedimento.

Numa visão pragmática, poder-se-ia sustentar que a função do direito não é apenas atentar para critérios de formalismo e, sim, efetivar a prestação jurisdicional. Contudo, o que seria da jurisdição se esta não se submeter ao direito posto nos textos normativos e se encontrar submetida apenas ao critério voluntarista de ocasião? No longo prazo, a ausência de parâmetros balizadores – uma vez que todo o sistema recursal seria substituído por uma decisão de turno único – produziria um desequilíbrio tão agudo que conseguiria, *per sí*, lançar em descrédito todo o sistema – que teria o condão de incentivar a, indesejável, autotutela.

2 I DA ANÁLISE DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DE UMA NORMA

O controle de constitucionalidade é um mecanismo fundamental em sistemas jurídicos que adotam uma Constituição escrita, como é o caso do Brasil e de muitos outros países. Ele consiste na análise e verificação da conformidade das leis, atos normativos e decisões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) em relação à Constituição. O objetivo principal do controle de constitucionalidade é assegurar que todas as normas e ações governamentais estejam em conformidade com os princípios e direitos estabelecidos na Constituição, que geralmente é considerada a lei suprema do país. Caso uma lei seja considerada inconstitucional, ela pode ser declarada nula, o que significa que não terá efeito legal. Esse processo é essencial para proteger os direitos individuais e garantir a supremacia da Constituição em um sistema jurídico^[12].

Nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), o órgão de cúpula do Judiciário Nacional, o Supremo Tribunal Federal, é capaz de fazer as vezes de legislador negativo, isto é, excluir do cenário normativo aquelas leis que contrariem textos ou princípios constitucionais. Percebe-se, assim, que o STF não pode fazer surgir um texto de lei (função de legislador positivo), mas apenas ponderar a capacidade de coexistência, ou não, de uma norma criada e sancionada no universo normativo pátrio.

Contudo, para além das inadequações legislativas advindas pela incompatibilidade da norma com a Constituição, é possível, também, a ocorrência de inconstitucionalidade por desrespeito ao devido processo legislativo: uma norma pode até ser compatível com a Constituição, porém, ser elaborada, votada ou sancionada em desacordo com os procedimentos previstos na Lei Maior. Nestes casos, o vício não se encontra na matéria da Lei, mas na forma como esta foi gestada.

Assim, a inconstitucionalidade formal ocorre quando uma norma legal ou ato normativo, como uma lei, decreto ou regulamento, viola as regras e procedimentos estabelecidos na Constituição para a sua criação, elaboração, aprovação ou promulgação. Trata-se de uma violação dos aspectos formais ou processuais estabelecidos na Constituição para a produção de leis ou regulamentos, enquanto a inconstitucionalidade material, também conhecida como inconstitucionalidade substancial, ocorre quando uma

norma legal ou ato normativo viola o conteúdo ou os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição do país^[12].

2.1 Da análise quanto aos eventuais vícios de inconstitucionalidade material presentes no PL 6.204/2019

O princípio constitucional de acesso à justiça é um dos pilares do sistema jurídico democrático e baseado no Estado de Direito. Esse princípio garante que todos os cidadãos têm o direito de buscar a tutela dos seus direitos perante o sistema judicial de forma democrática e eficaz. O acesso à justiça assegura que todos, independentemente de sua origem, status social, econômico ou qualquer outra característica pessoal, tenham igualdade de oportunidades para buscar reparação de seus direitos violados ou resolver disputas legais.

O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, sem dúvida, assegura a inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à Justiça, definindo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Desta forma, se evidencia que o alargamento do poder cartorial no protesto de títulos tal qual pretendido no projeto de lei sob análise teria, em tese, o condão de inverter a acepção principiológica da Constituição Cidadã, uma vez que iria de maneira antagônica a um inciso encartado em cláusula pétrea.

Desta forma, apesar da jurisdição constitucional brasileira não reconhecer o cabimento de controle de constitucionalidade prévio, uma vez que seria uma potencial ingerência de matéria *interna corporis* do Legislativo, o provável vício de inconstitucionalidade material ora apresentado é indicativo – salvo melhor juízo e com a *máxima vênia* aos entendimentos em contrário – da necessidade de reformulação principiológica do PL 6.204/2019.

2.2 Da análise quanto aos eventuais vícios de inconstitucionalidade formal presentes no PL 6.204/2019

Apesar de ser do Poder Legislativo a função típica de legislar, existe a previsão Constitucional que, determinadas matérias normativas, precisam partir de legitimados específicos de maneira a manter o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes. Caso o Legislativo pudesse, de *motu proprio*, definir a organização interna do Poder Judiciário ou mesmo os detalhes do cotidiano da Administração Pública, na verdade existiria no país um “superpoder” capaz de subordinar os demais às suas próprias decisões normativas.

Desta forma, o artigo 96 da Constituição desponta como sendo capaz de sanar a indevida intromissão do Legislativo nas normas de organização interna do Judiciário ao determinar:

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

b) organizar suas secretarias e **serviços auxiliares** e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;

b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;

c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

(Grifo nosso)

Como se depreende de uma interpretação sistemática da supramencionada Lei de instituição dos cartórios, mais precisamente a partir dos artigos 1, 15, 37 e 38, o funcionamento desta instituição está diretamente vinculada ao Poder Judiciário (que deverá instituir os seus concursos, fiscalizar o seu funcionamento e zelar por sua qualidade). Desta forma, o serviço cartorial constitui de maneira evidente um “serviço auxiliar” da função desempenhada pelos Tribunais de maneira que a competência para propor medidas legislativas a respeito do seu funcionamento compete privativamente ao Judiciário.

Tal entendimento encontra respaldo nas decisões recentes por parte da Suprema Corte. Ao julgar a ADI 4.223, tendo por relator o Ministro Gilmar Mendes^[13], o STF ratificou que:

Pertence ao Tribunal de Justiça estadual a iniciativa privativa para legislar sobre organização judiciária, na qual se inclui a criação, alteração ou supressão de cartórios. Precedentes. 4. **Vulnera o princípio da separação dos Poderes a imposição de diretrizes e prazos, pelo Constituinte Estadual, para a elaboração de projeto de lei de iniciativa reservada ao Tribunal de Justiça.** (STF - ADI: 4223 SP, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 13/03/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 02/04/2020, grifo nosso).

Desta forma, aplicando-se a *ratio decidendi* do supramencionado julgado ao legislador federal, seria defeso a este a iniciativa em legislar sobre matéria privativa aos entes legitimados no art. 96, II da Constituição. Uma vez que o PL 6.204/2019 partiu de uma iniciativa legislativa no Senado Federal, resta configurada a inobservância do disposto

constitucional em destaque – fenômeno capaz, ao nosso entender, de suscitar um devido debate acerca das possibilidades de inconstitucionalidade formal na presente matéria.

2.3 Da possibilidade de modulação pelo STF via controle concentrado de constitucionalidade

Em caso de reconhecimento de alguma das elencadas hipóteses de inconstitucionalidade à presente matéria, poder-se-ia questionar, ainda, acerca da possibilidade de modulação de efeitos retroativos (eficácia *ex tunc*) num futuro e eventual controle de constitucionalidade da matéria pelo Supremo. Uma vez que não seria possível a interferência da Corte Constitucional enquanto a matéria estiver sob análise do Legislativo ou mesmo do Executivo, restaria ao STF ser provocado – após a sanção da norma – para se posicionar acerca dos vícios de inconstitucionalidade apresentados.

Assim, a norma já estaria produzindo efeitos semelhantes à “coisa julgada material” o que dificilmente se reverteria por conta da vedação ao desfazimento do ato jurídico perfeito (*tempus regit actum*). Por tal enunciado, mesmo que o STF produzisse alguma espécie de modulação em relação à esta norma, alterando sua eficácia desde o começo, mesmo assim teríamos a instalação – no país inteiro – de uma absoluta insegurança jurídica o que certamente traria danos irreparáveis ou dificilmente contornáveis para vários jurisdicionados.

3 | CONCLUSÃO

Ante o exposto e pelas razões de fato e de direito sumarizadas no presente estudo, tem-se pela necessidade do aprofundamento da discussão acerca do PL 6.204/2019 uma vez que questões vinculadas aos possíveis vícios de inconstitucionalidade, tanto formais quanto materiais, poderiam ser suscitadas em relação à presente matéria capazes de promover – salvo melhor juízo e com a *máxima vênia* aos entendimentos em contrário – um quadro generalizado de insegurança jurídica no país além de promover uma via – cogente – de execução patrimonial totalmente alheia ao poder Judiciário.

Não se desconhece, todavia, a necessidade premente de reformulação da execução civil de maneira a torná-la mais ágil, efetiva e democrática, mas tais pressupostos não podem – sob pena de subversão da ordem Constitucional – relativizar princípios fundamentais como o acesso à justiça, o devido processo legal bem como a separação e harmonia entre os poderes, razão pela qual se propõe a adoção de novos caminhos legislativos – respeitados os pressupostos de propositura privativa do Judiciário – capazes de atender a difícil tarefa de conciliar a efetiva prestação jurisdicional com a necessária qualidade aliada ao respeito irrestrito dos ditames Constitucionais.

REFERÊNCIAS

[1] Projeto de Lei nº 6204, de 2019. Site do Senado Federal, 2023. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139971>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2025.

[2] GASPAR, Thaynara. O Projeto De Lei Nº 6.204/19 Como Mecanismo Para Uma (Des)Burocratização Do Acesso À Justiça. Jusbrasil, 2022 Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-projeto-de-lei-n-6204-19-como-mecanismo-para-uma-des-burocratizacao-do-acesso-a-justica/1611087114>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2025.

[3] RIBEIRO, Flávia Pereira. Reavaliação do PL 6.204/19: o agente de execução, a facultatividade, a impugnação e o recurso. Portal Migalhas, 2021 Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/354916/reavaliacao-do-pl-6-204-19-o-agente-de-execucao-a-facultatividade>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2025.

[4] MACHADO, Ana Amélia Marquezi; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Evolução história do direito notarial. Intertemas, Disponível em: < <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/1619/1543>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2025.

[5] BRAGA, Marcelo. Cartórios: a importância e a evolução histórica. Jusbrasil, Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/cartorios-a-importancia-e-a-evolucao-historica/390657528>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2025.

[6] MARINHO, Rainey. Artigo: os cartórios e sua importância para a sociedade brasileira. Anoreg-AL, Disponível em: <<https://www.anoreg-al.org.br/2020/08/missao-dos-cartorios-autenticidade-seguranca-e-eficacia>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2025.

[7] LECIOLI, Avvocato Meggie. O Registro Civil no Brasil. Jusbrasil, Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-registro-civil-no-brasil/668014690>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2025.

[8] MEDEIROS, Rafael. Lei 6015: regulamentação dos registros públicos no Brasil. Grancursos, 2022. Disponível em: <<https://blog.grancursosonline.com.br/lei-6015>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2025.

[9] MUTZ, Klaywin Vieira. A importância do Registro do imóvel. 2024. Jusbrasil, Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-importancia-do-registro-do-imovel/2527528661>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2025.

[10] Qual é a diferença entre cartório e tabelionato? Guia completo para entender as diferenças entre os dois serviços. Disponível em: <<https://www.ciberlex.adv.br/qual-e-a-diferenca-entre-cartorio-e-tabelionato>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2025.

[11] CALIXTO, Anderson. O Protesto Extrajudicial como Alternativa Eficaz na Recuperação da Dívida Ativa. Jusbrasil, Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-protesto-extrajudicial-como-alternativa-eficaz-na-recuperacao-da-divida-ativa/1844923328>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2025.

[12] DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. A evolução histórica do controle de constitucionalidade de leis e seu papel no século XXI. Jusbrasil, Disponível em: < https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/470_arquivo.pdf>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2025.

[13] VITAL, Danilo. Cabe ao Tribunal de Justiça, e não ao Executivo, legislar sobre cartórios, diz STF. Consultor Jurídico, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-12/cabe-tj-nao-executivo-legislar-cartorios-stf>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2025.

[14] CARTÓRIO MÁRIO FERRARI. A importância dos cartórios. Jusbrasil, Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-importancia-dos-cartorios/376794437>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2025.

PROVA DEPENDENTE DA MEMÓRIA: UMA ANÁLISE DO RECONHECIMENTO PESSOAL À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Data de submissão: 10/02/2025

Data de aceite: 05/03/2025

Bruno José Iop

Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Especialista em Direito Penal e Processual Penal (Universidade Anhanguera – Uniderp). Mestrando em Ciências Criminais, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Escola de Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)
<http://lattes.cnpq.br/2142601587044013>

RESUMO: Dependente da memória humana, o reconhecimento pessoal é um tipo de prova regulamentado pelo artigo 226 do Código de Processo Penal Brasileiro. Entendidos por muito tempo como “meras recomendações”, os procedimentos expressos nesse artigo asseguram direitos ao cidadão investigado, garantia que vem sendo afirmada graças aos avanços da jurisprudência, aliada à doutrina jurídica e à psicologia. A análise proposta neste trabalho avalia como a doutrina tem se portado em relação ao proposto no art.226 do CPP para, em seguida, ponderar sobre as mudanças jurisprudenciais, em especial

as do Superior Tribunal de Justiça, e apontar novas perspectivas para a melhoria do processo de reconhecimento no processo penal.

PALAVRA-CHAVE: Provas no Processo Penal; Jurisprudência; Reconhecimento Pessoal.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará aspectos psicológicos e jurídicos processuais em torno do reconhecimento de pessoas no processo penal. A proposta também busca apontar os caminhos que a jurisprudência e a doutrina têm se utilizado para evitar maiores erros, que pode decorrer da memória, como no âmbito jurídico.

As provas buscam reconstruir (sempre parcialmente) o fato delituoso. Ocorre que essa reconstrução do fato histórico será sempre imperfeita, porque busca reconstruir o passado desde a perspectiva do presente. Assim, como entende James Goldschmidt¹:

¹ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Trad. Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1936, p.

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime). O tema probatório é sempre a afirmação de um fato (passado), não sendo as normas jurídicas, como regra, tema de prova (por força do princípio *iura novit curia*).

É impossível, portanto, a reconstrução do fato tal como ele ocorreu no passado, pois esse só existe na memória das pessoas, instância pouco confiável e que pode distorcer a realidade dos fatos.

Um problema acerca disso é, como bem assinala Cristina Di Gesu², que “a lembrança da testemunha acerca do fato delituoso não é capaz de reconstruí-lo da mesma forma que aconteceu na realidade”. Ainda assim, a prova testemunhal do reconhecimento feito pelas vítimas e testemunhas é umas das mais usadas no ordenamento jurídico brasileiro, tendo um alto grau de valor (e, às vezes, sendo a única prova de todo processo).

O RECONHECIMENTO PESSOAL NO BRASIL

O reconhecimento pessoal atualmente está no artigo 226 do Código de Processo Penal, que fora instituído pelo por meio de Decreto-Lei nº3689. Nele, são citados os procedimentos adequados para o reconhecimento³:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscripto pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Apesar de não possuir previsão legal, sendo uma “prova atípica”, parte da doutrina admitia a exibição de fotos para o reconhecimento, desde que se atente para o que determina a legislação de como segue o reconhecimento pessoal, como explica Renato Brasileiro Lima⁴:

256. *Apud* LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 164. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553626355/epubcfi/6/46\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo17.xhtml\]/4/2/4\[sigil_toc_id_144\]/1:37\[Pen%2Cal](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553626355/epubcfi/6/46[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo17.xhtml]/4/2/4[sigil_toc_id_144]/1:37[Pen%2Cal). Acesso em 29 de setembro de 2023.

2 DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias** – 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014. p.104.

3 BRASIL. **Código de Processo Penal**, Decreto Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941

4 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 7. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed.

Por força do princípio da busca da verdade e da liberdade das provas, tem-se admitido a utilização do reconhecimento fotográfico, observando-se, por analogia, o procedimento previsto no CPP para o reconhecimento pessoal.

No tocante à jurisprudência, não se tinha apego à forma, sendo que o art.226 do CPP era compreendido apenas como conjunto de “meras recomendações”, sendo possível, portanto, a utilização de fotos para reconhecer e não sendo nulo sua inobservância⁵.

Hoje, tem-se o posicionamento de que serviria apenas que o reconhecimento fotográfico como meros indícios se utilizado, pendente ser confirmado por outros meios: “Ainda que bem formalizado, não se trata de reconhecimento direto, daí seu resultado apresentar mero indício, prova indireta da autoria, a ser confirmada em juízo por outros elementos de convicção.”⁶ Além de precisar o rito do art.226 do CPP, seja o reconhecimento pessoal ou fotográfico, o STJ tem se posicionado a respeito, afirmando que “tanto o reconhecimento pessoal feito em desacordo com as formalidades legais, quanto o reconhecimento por fotografias configuram prova insuficiente para a condenação, sendo imprescindível sua confirmação por outras provas” (STJ, HC 598.886).⁷

A função do reconhecimento como os meios de prova em geral, como explica Madeira Dezem⁸, “consiste em identificar a pessoa ou coisa que é apresentada para o ato. Seu resultado pode ser positivo ou negativo, consoante haja a identificação ou não por parte do sujeito que efetiva o reconhecimento”.

No tocante ao valor probatório do reconhecimento pessoal, para Gustavo Badaró⁹, ele envolve um fator especial para ser validado, sendo

[...] o confronto entre a descrição antecipadamente feita e os traços físicos da pessoa identificada. Por isso, é necessária a estrita observância do procedimento probatório previsto no art. 226 do CPP, para que o reconhecimento pessoal possa ser validamente valorado como prova.

Um outro ponto que merece destaque é a importância dada à prova do reconhecimento, sendo que as provas testemunhais (que englobam o reconhecimento) são as mais utilizadas no processo penal¹⁰, portanto tendo um alto grau de relevância.

JusPodivm, 2019, p.210.

5 Pega-se como exemplo o HC n.º 427.051/SC, da Relatoria do Min. Félix Fischer, onde “[...] o reconhecimento fotográfico não é inválido como meio de prova, pois, conquanto seja aconselhável a utilização, por analogia, das regras previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal, as disposições nele previstas são meras recomendações, cuja inobservância não causa, por si só, a nulidade do ato.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (T5 – Quinta Turma). Habeas Corpus n.º 427.051/SC. Brasília, DF, j. 28 junho, 2018.

6 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p.247. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598872/epubcfi/6/40\[%3Bvnd.vst.idref%3Dbody020\]4/2628/3:35\[ant%-2Ce.\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598872/epubcfi/6/40[%3Bvnd.vst.idref%3Dbody020]4/2628/3:35[ant%-2Ce.]) Acesso em: 10 de out. 2023.

7 CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p.168. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553626072/epubcfi/6/50\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo22.xhtm\]4/2/1062\[sigil_toc_id_414\]3:15\[%C3%ADdi%2Cca\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553626072/epubcfi/6/50[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo22.xhtm]4/2/1062[sigil_toc_id_414]3:15[%C3%ADdi%2Cca]) Acesso em: 11 de out. 2023.

8 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2021. p.765.

9 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2021, p.775.

10 Neste sentido corrobora Aury Lopes Jr e adverte: “a prova testemunhal é a mais utilizada, bem como a mais manipulável e pouco confiável.” LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 485.

O POSIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ ACERCA DO RECONHECIMENTO PESSOAL

Em se tratando do reconhecimento pessoal, o entendimento do STJ, que perdurou até o julgamento do HC nº 598.886/SC, no ano de 2020, era de que a observância dos requisitos contidos no art.226 do CPP eram “meras recomendações”. Com o voto do Ministro Rogério Schietti Cruz, esse entendimento mudou, de modo que esses mesmos requisitos passaram a ser interpretados como garantias mínimas para quem se vê acusado de um delito, destacando-se a falibilidade de tal produção probatória (o que é ainda pior quando se fala por reconhecimento por foto). Sendo assim, deve-se observar o que é disposto no Código de Processo Penal¹¹. Nesse sentido, é o que comenta Sandro Cavalcanti Rollo¹²:

Com efeito, no julgamento do HC nº 598.886, o Superior Tribunal de Justiça, em sentido contrário a entendimentos proferidos no próprio Sodalício, concluiu pela obrigatoriedade da realização do procedimento previsto no art.226 do CPP, afastando a tese de que se tratava de meras recomendações.

Uma outra decisão importante sobre o reconhecimento de pessoas, em sede do STJ, foi acerca da não repetição do procedimento, proferida no HC nº 712.781/RJ¹³ em março de 2022. Nessa toada, mostra-se importante avanço, uma vez que “a repetibilidade da prova testemunhal pode ter um efeito indesejado: enquanto o detalhamento da memória original diminui as informações obtidas após o evento tem maior possibilidade de alterá-la”.¹⁴ Assim, a jurisprudência tem alcançado o conhecimento científico, a ponto de evitar maiores erros, principalmente judiciais, acerca da falha humana da memória. É mister destacar que nossa memória tem o mecanismo de aprendizado e que, quanto mais reconhece uma mesma pessoa do suposto crime, mais terá se familiarizado com sua face, como é explicado por Cecconello, Stein e Ávila¹⁵:

A memória humana foi desenvolvida para possibilitar o aprendizado. Uma vez que uma pessoa reconhece um suspeito, seja ele inocente ou culpado, esse rosto passa a subscrever a memória do rosto original, pois o cérebro desse(a) reconhecedor(a) acredita que está “aprendendo” o rosto do autor do crime. Os reconhecimentos subsequentes não estarão, portanto, acessando a memória original para o crime, mas sim uma memória resultante de todas as vezes em que a memória foi acessada em reconhecimentos anteriores aquele realizado seja na polícia civil ou militar.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (T6 –Sexta Turma). Habeas Corpus n.º 598886/SC. Brasília. DF, j.27 out. 2020.

12 ROLLO, Sandro Cavalcanti. O HC nº 598.886, a prova no processo penal e a reconexão com a realidade. *In.*: ARANHHA FILHO, Adalberto Camargo; MAGNO, Levy; CURY, Rogério. **Temas atuais de direito penal e direito processual penal**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2021, p. 304. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em 04 de outubro de 2023.

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (T6 –Sexta Turma). Habeas Corpus n.º 712781/RJ. Brasília. DF, j.15 mar. 2022.

14 CECCONELLO, William Weber. AVILA, Gustavo Noronha de. STEIN, Lilian Milnisky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *In* **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v.8, nº 2, 2018.

15 CECCONELLO, William Weber. STEIN, Lilian Milnisky. AVILA, Gustavo Noronha de. Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da Psicologia do Testemunho frente à decisão HC 598.886-SC. *In.*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol.177, 2021, p.359-368.

Hoje os reconhecimentos são feitos (ainda que descumprindo muitas vezes a legislação e a jurisprudência) de forma equivocada, com apenas a exibição de um único suspeito (o chamado “show up”¹⁶) ou ainda por fotos de redes sociais, de aplicativos de mensagens, no Sistema Integrado da Polícia, ou até mesmo no álbum de fotos disponível nas Delegacias (não raras vezes as pessoas que aparecem nesses álbuns são primárias!). Matida e Garcez¹⁷ comentam sobre os danos decorrentes de reconhecimentos mal feitos e repetitivos:

[...] é preciso compreender que a familiaridade que se deriva da repetição do procedimento vulnera inocentes, expondo-os ao risco do reconhecimento positivos - porém falsos. Importante ressaltar que os falsos reconhecimentos (isto é, de reconhecimento de pessoas inocentes, que não são autores do delito objeto do processo) são acompanhados de uma sensação por parte da vítima, de que verdadeiramente está diante de seu algoz. Daí se dizer que ela comete um “erro honesto”, pois ainda que de boa-fé, munida do intuito de contribuir à melhor reconstrução da verdade dos fatos, a vítima/testemunha acaba apontando uma pessoa em falso. A sensação de verdade – representado por um alto grau de certeza que chega a se expressar – não é bastante para evitar o erro. Sucintamente, quanto mais vezes o procedimento é refeito, mais se incrementa o grau de certeza que, ao final do processo, constará na sua declaração.

Então não basta apenas aprimorar a legislação, acompanhada da ciência e da evolução doutrinária/jurisprudencial, e sim criar novas formas de capacitar os profissionais na hora de realizar o ato formal de reconhecimento, sem interferir no que a testemunha ou vítima possa trazer e buscar obedecer às inovações trazidas no meio e devidamente regulamentadas pela legislação pertinente e seus julgados.

AVANÇOS E NOVOS PANORAMAS PARA O RECONHECIMENTO

Com o advento do novo posicionamento, especialmente no STJ sobre reconhecimentos de pessoas, destacando-se o HC 598.886/SC e HC 712.718/RJ, têm se atentado para o que a psicologia tem dito, não atribuindo apenas ao legislador e aos cientistas jurídicos, mas sim a outros campos.

Hoje, por exemplo, tramita na Câmara dos Deputados o PL nº676/21¹⁸, que visa modificar a forma do reconhecimento, não apenas a formalidade de reconhecer, mas a

16 “O show-up é um procedimento em que o suspeito é apresentado à testemunha de forma individual, geralmente acompanhado de informações contextuais que justifiquem a suspeita dos investigadores”. (MARMESTEIN, George. **Testemunhando a Injustiça** – A ciência da prova testemunhal e das injustiças inconscientes. Salvador: Ed.Juspodivm, 2023, p.171.)

17 MATIDA, Janaina. GARCEZ, Rafaela. O HC n.712.781/RJ e o aperfeiçoamento epistêmico da prova do reconhecimento. In: BORGES, Ademar; VERANO, Cristiano; SICILIANO, Benedito. **Homenagem Ao Ministro Rogério Schietti: 10 Anos de STJ**, São Paulo: Editora Migalhas, 2023, p.464-465.

18 BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto regula o reconhecimento de suspeito por vítimas e testemunhas** Fonte: Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/866778-projeto-regula-o-reconhecimento-de-suspeito-por-vitimase-testemunhas/>. Acesso em 14 out. 2023

fase pré-reconhecimento e pós- reconhecimento. Cabe referir também a Resolução 484¹⁹ do CNJ, que traz artigos convergentes com o Projeto de Lei supracitado.

E ainda há as orientações propostas pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa²⁰ e pelo Grupo de Trabalho de Reconhecimento de Pessoas²¹ do CNJ, coordenado pelo Ministro Rogerio Schiatti Cruz, que propõe novas configurações para o ato de reconhecer. O Instituto e o Grupo trazem relatórios pormenorizados em que apontam erros que acontecem no atual sistema vigente, sugerem meios para diminuir os erros do reconhecimento e discutem o chamado problemas decorrente das memórias.

CONCLUSÃO

A justiça brasileira tem buscado novos rumos para o reconhecimento de pessoas. O que antes a lei dizia era desconsiderado²² e não muitas vezes (para não dizer todas) não observado o disposto no CPP, entendido como conjunto de “meras recomendações legais”.

Essa violação gerou ao texto de lei infraconstitucional gerou a produção de provas chamadas “atípicas”, exemplo mais comum é o reconhecimento fotográfico, além de outros meios sem previsão legal, como reconhecimento por fotos de redes sociais, álbum de fotos contidos nas Delegacias e Sistema Integrado da Polícia, ocasionando assim, erros e injustiças.

Porém, as decisões paradigmáticas, em especial do Tribunal da Cidadania a partir do ano de 2020, mostram-se importantes, uma vez que os julgados acompanham as ciências psicológicas e há de se observar que as diminuições dos erros causados por reconhecimentos que não seguiam o Código de Processo Penal possam nos próximos anos diminuir, atentando-se sempre para o aprimoramento do exercício da jurisdição.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2021, p.775.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto regula o reconhecimento de suspeito por vítimas e testemunhas** Fonte: Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/866778-projeto-regula-o-reconhecimento-de-suspeito-por-vitimase-testemunhas/>. Acesso em: 14 out. 2023.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, Decreto Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941.

19 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n.484**, 19 de dezembro de 2022. Brasília: CNJ, 2022.

20 Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). **Reconhecimento de Pessoas e Prova Testemunhal: Orientações para o Sistema de Justiça**. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/04/idd-reconhecimento-de-pessoas-e-prova-testemunhal-orientacoes-para-o-sistema-de-justica.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

21 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Grupo de Trabalho: Reconhecimento de Pessoas**. Brasília: CNJ, 2022.

22 Como disse o Ministro Sebastião Reis Jr, no voto do HC 598.886/SC, ao acompanhar voto do Ministro Relator: “Aqui, a exceção – o não cumprimento dos procedimentos presentes nos incisos I, II, III e IV do artigo 226 do CPP – se tornou regra. Não me lembro, Sr. Presidente, nestes quase dez anos de Tribunal, de ter visto um único processo onde as normas citadas foram cumpridas.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (T6 –Sexta Turma). Habeas Corpus n.º 598886/SC. Brasília. DF, j.27 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (T5 – Quinta Turma). Habeas Corpus n.º 427.051/SC. Brasília, DF, j. 03 junho, 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (T6 –Sexta Turma). Habeas Corpus n.º 712781/RJ. Brasília. DF, j.15 mar. 2022. Disponível em: Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%27712781%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27712781%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%27712781%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27712781%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso: 12 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (T6 –Sexta Turma). Habeas Corpus n.º 598886/SC. Brasília. DF, j.27 out. 2020. Disponível em: Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso: 12 out. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p.168. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553626072/epubcfi/6/50\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo22.xhtml\]/4/2/1062\[sigil_toc_id_414\]/3:15\[%C3%ADdi%2Cca\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553626072/epubcfi/6/50[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo22.xhtml]/4/2/1062[sigil_toc_id_414]/3:15[%C3%ADdi%2Cca]) Acesso em: 11 de out. 2023.

CECCONELLO, William Weber. AVILA, Gustavo Noronha de. STEIN, Lilian Milnisky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. In **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v.8, n.º 2, 2018.

CECCONELLO, William Weber. STEIN, Lilian Milnisky. AVILA, Gustavo Noronha de. Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da Psicologia do Testemunho frente à decisão HC 598.886-SC. In.: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol.177, 2021, p.359-368.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Grupo de Trabalho: Reconhecimento de Pessoas**. Brasília: CNJ, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n.484**, 19 de dezembro de 2022.Brasília: CNJ, 2022.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2021. p.765.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias** – 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014. p.104.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Trad. Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 256. *Apud* LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 164. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553626355/epubcfi/6/46\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo17.xhtml\]/4/2/4\[sigil_toc_id_144\]/1:37\[Pen%2Cal](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553626355/epubcfi/6/46[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo17.xhtml]/4/2/4[sigil_toc_id_144]/1:37[Pen%2Cal). Acesso em 29 de setembro de 2023.

Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). **Reconhecimento de Pessoas e Prova Testemunhal: Orientações para o Sistema de Justiça**. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/04/idd-reconhecimento-de-pessoas-e-prova-testemunhal-orientacoes-para-o-sistema-de-justica.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 7. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p.210.

LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 485.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p.247. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598872/epubcfi/6/40\[%3Bvnd.vst.idref%3Dbody020\]/4/2628/3:35\[ant%2Ce.\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598872/epubcfi/6/40[%3Bvnd.vst.idref%3Dbody020]/4/2628/3:35[ant%2Ce.]) Acesso em: 10 de out. 2023.

MARMESTEIN, George. **Testemunhando a Injustiça** – A ciência da prova testemunhal e das injustiças inconscientes. Salvador: Ed.JusPodivm, 2023, p.171.

MATIDA, Janaina. GARCEZ, Rafaela. O HC n.712.781/RJ e o aperfeiçoamento epistêmico da prova do reconhecimento. In: BORGES, Ademar; VERANO, Cristiano; SICILIANO, Benedito. **Homenagem Ao Ministro Rogério Schietti: 10 Anos de STJ**, São Paulo: Editora Migalhas, 2023, p.464-465.

ROLLO, Sandro Cavalcanti. O HC nº 598.886, a prova no processo penal e a reconexão com a realidade. In.: ARANHA FILHO, Adalberto Camargo; MAGNO, Levy; CURY, Rogério. **Temas atuais de direito penal e direito processual penal**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2021, p 304. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em 04 de outubro de 2023.

DA MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA: SUA IMPORTÂNCIA TRANSFORMATIVA NOS DESAFETOS FAMILIARES

Data de submissão: 06/02/2025

Data de aceite: 05/03/2025

Beatriz Scherpinski Fernandes

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)

Franciele Barbosa Santos

Mestranda em Direito Negocial no programa de mestrado e doutorado da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Penal e Processo Penal Econômico pela PUC/PR. Especialista em Direito Empresarial e em Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) pela Faculdade Legale. Advogada e sócia do escritório Ferrari, Barbosa e Oliveira advogados associados

Isabela Nabas Schiavon

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Aplicado pela Escola de Magistratura do Paraná (EMAP/PR). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pesquisadora no Projeto de Pesquisa Contratualização das Relações

Familiares e das Relações Sucessórias, coordenado pela Profa. Dra. Daniela Braga Paiano. Advogada

RESUMO: As famílias buscam a solução dos seus conflitos no Judiciário, ocorre que a sentença, por si só, por vezes, não é capaz de solucionar todos os desdobramentos advindos das relações familiares. A pesquisa se justifica em razão da importância das relações familiares na contemporaneidade, uma vez que a família é vista no ordenamento jurídico brasileiro como a base da sociedade. O problema da pesquisa busca investigar se o cenário atual da mediação familiar, judicial e extrajudicial, influencia de maneira positiva as relações familiares e seu objetivo é compreender os benefícios da aplicação da mediação familiar no auxílio da transformação do conflito, bem como demonstrar a importância da mediação nos conflitos familiares, principalmente em razão do vínculo afetivo existente entre as partes. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, mediante extração discursiva do conhecimento, partindo de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas, adotando-se como técnicas de pesquisa a perspectiva descritiva e a exploratória, fundamentando-

se em pesquisa bibliográfica. Como resultado alcançado, observa-se que, a mediação é a alternativa mais viável para a solução dos conflitos familiares, uma vez que permite que as partes, explorem a raiz do problema, culminando numa solução mais eficaz para o conflito, sob o viés transformativo dos desafetos familiares.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família; Solução de conflitos; Conflitos familiares.

MEDIATION IN FAMILY LAW: ITS TRANSFORMATIVE IMPORTANCE IN FAMILY DISPUTES

ABSTRACT: Families seek the solution of their conflicts in the Judiciary, it happens that the sentence, by itself, is sometimes not able to solve all the consequences arising from family relationships. The research is justified because of the importance of family relationships in contemporary times, since the family is seen in the Brazilian legal system as the basis of society. The research problem seeks to investigate whether the current scenario of family mediation, judicial and extrajudicial, positively influences family relationships. The objective of the research is to understand the benefits of applying family mediation in helping to transform the conflict, as well as to demonstrate the importance of mediation in family conflicts, mainly due to the affective bond that exists between the parties. For that, the deductive method is used, through discursive extraction of knowledge, starting from general premises applicable to concrete hypotheses, adopting as research techniques the descriptive and exploratory perspective, based on bibliographic research. As a result, it is observed that mediation is the most viable alternative for the solution of family conflicts, since it allows the parties to explore the root of the problem, culminating in a more effective solution to the conflict, under the transformative bias. of family disaffections.

KEYWORDS: Family right; Conflict resolution; Family conflicts.

1 | INTRODUÇÃO

Para a compreensão da mediação no Direito de Família, considera-se relevante estabelecer brevemente a trajetória de transformação do modelo familiar no ordenamento jurídico brasileiro. De uma entidade familiar formada unicamente pelo matrimônio, e com vieses patrimonialistas, patriarcais e hierarquizados, com o advento da Constituição Federal de 1988, a família passou a ter como objetivos o aspecto democrático, a igualdade entre seus membros e o enfoque direcionado à pessoa humana.

Nessa nova perspectiva de família, vislumbram-se diferentes formas de solução dos complexos conflitos que permeiam esse contexto, conflitos estes que podem ter origem em sentimentos e emoções, como impaciência, ansiedade, medo e culpa. Nesse ínterim, o problema da pesquisa fundamenta-se em analisar se o cenário hodierno da mediação familiar, extrajudicial e judicial, e os seus desdobramentos têm influência positiva nas relações familiares.

A pesquisa apresenta relevância, principalmente em razão da importância do papel da família nas relações sociais, declarada pela Constituição Federal como base

da sociedade. Diante dessa conjuntura, a pesquisa tem como objetivo compreender os benefícios da aplicação da mediação familiar no auxílio da transformação do conflito, seja a partir da reconciliação do casal, seja a partir de um divórcio amigável e pacífico.

Como metodologia, utilizar-se-á o método dedutivo, mediante extração discursiva do conhecimento, partindo de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas. Por meio da investigação dos fatos e teorias circundantes do tema, ao fim da construção do raciocínio científico, emergirão conclusões advindas da pesquisa bibliográfica sobre os referenciais teóricos elencados. O problema da pesquisa será desenvolvido em uma perspectiva descritiva, de caráter exploratório, que interpreta e analisa os fenômenos do objeto de estudo.

Para tanto, a fim de atingir o objetivo almejado, a pesquisa foi dividida em quatro partes. A primeira abordará a família na contemporaneidade e a sua relação com a mediação, a segunda tratará sobre a mediação familiar extrajudicial, a terceira versará sobre a mediação nas ações de família e, por fim, a última parte discorrerá sobre o papel dos filhos na mediação familiar.

2 | DA FAMÍLIA NA CONTEMPORANIEDADE E MEDIAÇÃO FAMILIAR

A família, assim como as demais esferas da sociedade e, conseqüentemente, o direito, está em constante transformação. Contudo, no ordenamento jurídico pátrio, observa-se que a transição para o modelo do Estado Democrático de Direito, a partir da Constituição Federal de 1988, foi um marco determinante nessa contínua mudança.

Afirma-se que: “a família é realidade sociológica e constitui a base do Estado. O núcleo fundamental em que repousa toda a organização social.” (GONÇALVES, 2019, p. 17). Entretanto, no paradigma da família anterior as modificações de meados do Século XX, “era visível a discriminação nas relações familiares, em que o homem (marido), o casamento e a exclusividade dos filhos, oriundos da relação matrimonial, eram as referências primordiais” (CACHAPUZ, 2005, p. 79).

Nesse sentido, a família dos anos iniciais do século XX, fundamentada no Código Civil de 1916, tinha a necessidade do matrimônio para a sua formação e possuía como características a condição patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica e institucional (MADALENO, 2020, p. 102). Além disso, observava-se a desigualdade em gênero e funções e a impossibilidade de dissolução.

Para Rozane da Rosa Cachapuz (2005, p. 80), “é nessa realidade que se verifica a presença das principais causas geradoras da desestruturação familiar, onde a humanidade está mais voltada para a parte patrimonial do que para as relações interpessoais, e o patrimônio faz prevalecer sua força em relação ao sentimento”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma “total reformulação na família, transformando o paradigma da família patriarcal em afetiva, onde o homem e

a mulher dividem o mesmo espaço” (CACHAPUZ, 2005, p. 81). Nos parágrafos do artigo 226 da Carta Constitucional, é reconhecida, pelo Estado, a formação da família pela união estável (parágrafo 3º), e a família monoparental (parágrafo 4º), que antes não eram reconhecidas como entidades familiares.

Ademais, em contraposição ao modelo patriarcal, hierarquizado e indissolúvel, é prevista a igualdade entre homem e mulher em relação aos direitos e deveres da sociedade conjugal (parágrafo 5º) e, não obstante a Lei nº 6.515/1977, a dissolução do casamento pelo divórcio (parágrafo 6º). Nesse sentido:

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental (MADALENO, 2020, p. 102).

No que tange, ao aspecto biológico ou socioafetivo, de acordo com Perlingieri, “o merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida” (PERLINGIERI, 2002, p. 244).

Assim, “em decorrência da mudança de paradigmas relativos à estrutura familiar, o direito de família volta-se mais para seus membros, instalando-se, assim, a família democrática, onde todos têm voz e participam de seu andamento” (CACHAPUZ, 2005, p. 83).

Nota-se uma “tendência de personalização do Direito Civil, ao lado da sua despatrimonialização, uma vez que a pessoa é tratada antes do patrimônio” (TARTUCE, 2017, p. 16). Todavia, tal proteção especial conferida à família não a retira da esfera privada, já que princípios constitucionais não atuam exclusivamente na ordem pública, situação considerada como constitucionalização do Direito Civil.

Nesta seara, surge um “direito de família ancorado na tutela constitucional e fincado sob os paradigmas da democratização, da repersonalização [...]” (LOBO, 2019, p. 19), visto que a visão contemporânea “busca em primeiro plano valorizar a pessoa humana e os seus direitos, deixando em segundo plano o caráter patrimonialista exacerbado.” (LIMA; SANTOS; MARQUESI, 2018, p. 12).

Nas palavras de Pietro Perlingieri (2002, p. 179), então, “a família é a formação social, lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes; de maneira que exprime uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes”.

Surge, assim, a necessidade de uma atuação interdisciplinar, com enfoque na psicologia, serviço social, enfim, nas áreas humanas que se relacionam ao estudo das questões emocionais. Chega-se ao enfoque de um direito de família desmaterializado, desatrelado das ligações de dependência econômica, passando a proteção e desenvolvimento pessoal do indivíduo, pela

Constituição Federal, que traz para si o papel fundamental da normatização da família, impondo um único modelo de moral familiar (CACHAPUZ, 2005, p. 86).

Diante disso, com enfoque das questões emocionais no campo do Direito de Família, abre-se espaço para a mediação como uma forma de solução dos conflitos familiares. Como conflito, entende-se a discussão ou discórdia, “que nem sempre tem a conotação negativa, como algo ameaçador ou destrutivo, pois, muitas vezes, através dele que se pode chegar a uma nova diretriz de vida mais favorável” (CACHAPUZ, 2005, p. 107).

Partindo da premissa de que a mediação objetiva transformar o conflito, no cenário familiar, passa-se a analisar o que não corresponde à mediação no direito de família, de acordo com Âguida Arruda Barbosa para, em seguida, estabelecer uma definição desse meio de resolução.

Para Âguida Arruda Barbosa (2004, p. 25-26), mediação não pode ser compreendida como um sub-tratamento jurídico de desafogamento da atividade jurisdicional, ou como uma assistência psicológica ou terapia familiar às partes. Ainda, a mediação não se ocupa de uma investigação ou avaliação social dos membros da entidade familiar, nem deve ser entendida como negociação judicial, arbitragem ou conciliação.

A mediação familiar é um método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito. Esta definição advém da ótica da técnica da comunicação (BARBOSA, 2004, p. 27).

Em outras palavras e, em um aspecto mais geral, a mediação pode se conceituada como um “recurso alternativo de resolução de conflitos, utilizado para solucionar situações de litígio, confidencial, voluntário e com o auxílio de um terceiro imparcial. É a busca pelas próprias partes de soluções para seus interesses, através do resgate da comunicação.” (CACHAPUZ; GOMES, 2006, p. 278).

No âmbito familiar, Rozane da Rosa Cachapuz apresenta estudos que demonstram que as causas geradoras dos conflitos nas separações e divórcios se relacionam com a falta de paciência, um hábito moral que pode ser alcançado pelo aprendizado e pela perseverança (2005, p. 115-117); com a depressão, o que exige, quando detectada, o encaminhamento para profissionais da área (2005, p. 117-118); com a dificuldade de adaptação, que pode causar desequilíbrio na relação (2005, p. 118-119); além da ansiedade, do medo, do estresse, da violência, da culpa e da ausência de comunicação (2005, p. 119-129).

Nesse seguimento, é notável a peculiaridade da mediação na seara familiar, diante da complexidade das disputas, que envolvem “decisões sobre aspectos legais, guarda e pensão dos filhos, divisões de bens, que se mesclam com profundas questões emocionais.

Sentimentos conflituosos e mal resolvidos se escondem atrás de questões práticas e legais, enrijecendo as tomadas de posições das partes” (CACHAPUZ, 2005, p. 132).

Partindo da compreensão dessas complexidades, o fundamento e o objetivo da mediação familiar é a comunicação humana, “posto que os conflitos familiares decorrem de uma inadequada comunicação” (BARBOSA, 2004, p. 30). Assim, o alcance desse objetivo exige uma metodologia:

O caminho a ser percorrido para atingir o nível da intercompreensão começa pela qualificada troca de informações, comunicação normalmente deteriorada, já que, inconscientemente, os mediantes comunicam-se pela linguagem do conflito – inadequada e destrutiva – em lugar da linguagem adequada e construtiva da intercompreensão, pois se encontram tão frágeis, que não conseguem despertar outros recursos pessoais mais adequados (BARBOSA, 2004, p. 30).

Discutidas as questões do passado das partes e passadas as etapas de responsabilização do outro pelo conflito, “após esta compreensão, o mediador move a sessão através do resumo. Com isso, faz com que as partes percebam a situação real em que se encontram” (CACHAPUZ; GOMES, 2006, p. 278).

Além de reconhecer as emoções como parte integral do processo de resolução de conflitos, com o intuito de evitá-los no futuro, a mediação familiar é “um processo que enfatiza a responsabilidade dos cônjuges de tomarem decisões que vão definir suas próprias vidas, isolando pontos de acordo e desacordo e desenvolvendo opções que levam a uma nova tomada de decisões” (CACHAPUZ, 2005, p. 133).

Diante da complexidade dos conflitos, característica já destacada na seara familiar, infere-se que a decisão tomada pelo juiz dificilmente vai atender a todos os interesses de cada uma das partes, além de poder deixar de resolver a causa dos conflitos no âmbito familiar, que pode ser a ausência de comunicação, por exemplo.

Nesse sentido, entre as vantagens destacadas por Rozane da Rosa Cachapuz na aplicação da mediação nos conflitos familiares, destacam-se a soberania da vontade das partes (2005, p. 137); a transformação ou reconstrução da relação entre os cônjuges ou ex-cônjuges, diminuindo o sofrimento do término pela resolução do conflito de maneira não-adversarial (2005, p. 138); a redução dos efeitos do conflito no desenvolvimento dos filhos, visto que os filhos podem ser considerados como as maiores vítimas do conflito de seus pais (2005, p. 140); além dos aspectos da onerosidade e sigilo (2005, p. 142).

Compreendida a transformação da família na sociedade, as principais causas de conflito nesse âmbito e a importância e vantagens da aplicação da mediação familiar, estuda-se, a seguir, especificamente a mediação nos contextos extrajudicial e judicial.

3 | DA MEDIAÇÃO FAMILIAR E MEDIAÇÃO FAMILIAR EXTRAJUDICIAL

Os conflitos na seara familiar merecem um especial apreço por envolverem, na maioria das vezes, questões que vão para além do conflito em questão. Além do mais, as partes envolvidas no impasse mantêm entre si um relacionamento que decorre de laços biológicos ou afetivos, os quais poderão ser mantidos após a resolução do conflito.

Assim, o cenário dos conflitos familiares se difere dos demais e enseja uma resolução que vai além da imposição de uma alternativa que se demonstre mais viável. É preciso compreender as questões inerentes ao ser humano que acarretaram o conflito em questão. Nesse contexto é que se insere a mediação familiar como uma alternativa para a resolução de conflitos de forma harmônica e com vistas a atender as particularidades do caso concreto.

O conceito de mediação está disposto no artigo 1º, parágrafo único da Lei nº 13.140 de 2015 e dispõe que:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (BRASIL, 2015b).

Trata-se, portanto, de um processo de resolução de conflitos no qual o casal litigante solicita a intervenção de um terceiro imparcial, o qual tem como objetivo o reestabelecimento ou/e a manutenção do diálogo entre ambos, cabendo às partes estabelecerem, entre si, um acordo duradouro que beneficie os dois, contribuindo para a reorganização e estrutura emocional da família (TOMAZONI, 2020, p. 28).

Percebe-se que a mediação tem como objetivo ajudar as partes a chegarem a uma resolução do conflito por si só, demonstrando-se mais adequada às resoluções dos conflitos na seara familiar, principalmente quando comparada com uma decisão judicial. Uma vez que esta, além de decorrer de um processo judicial, o qual muitas vezes se demonstra moroso e custoso, pode não se demonstrar tão adequada à resolução daquele conflito, pois versa tão somente quanto ao que foi levado aos autos pelos procuradores das partes.

A adoção de mecanismos alternativos para a resolução de conflitos é uma tendência mundial, principalmente em razão da transformação da sociedade que traz a pessoa para o centro da resolução de conflitos, por meio do diálogo e do consenso (TARTUCE, 2021, s.p., l. 176). Ressalta-se que, apesar de não ter, ainda, a expansão e adoção ideal, a mediação tem sido cada vez mais difundida com vistas à resolução do impasse. Nesse sentido,

As vantagens da adoção de mecanismos alternativos à via jurisdicional são várias: obtenção de resultados rápidos, confiáveis, econômicos e ajustados às mudanças tecnológicas em curso; ampliação de opções ao cidadão, que teria oportunidades diversas de tratamento do conflito; aperfeiçoamento do

sistema de justiça estatal por força da redução do número de processos em curso (TARTUCE, 2021, s.p., l. 176).

Além das vantagens acima citadas, tem-se que o reestabelecimento do diálogo entre as partes ocasiona uma melhora no relacionamento familiar, o que, conseqüentemente, traz uma interação positiva entre as partes para além daquele conflito que foi objeto de mediação, podendo contribuir para a resolução de impasses futuros.

Isso porque a mediação gera um ambiente propício para a conversação entre os litigantes, a fim de que se dediquem aos interesses envolvidos de uma forma produtiva e harmônica (TARTUCE, 2021, s.p., l. 190). As partes, então, passam a buscar uma resolução por meio do reestabelecimento da comunicação.

Ao se instaurar um conflito as partes podem agir de duas formas evitando o conflito, ou seja, o ignorado ou negando, ou podem enfrentá-lo de forma harmônica ou desarmônica. A mediação é uma forma das partes enfrentarem o conflito de forma harmônica, podendo se dar de forma judicial ou extrajudicial.

A mediação extrajudicial, ou seja, antes de se instaurar uma ação judicial pode se dar em razão de uma disposição contratual em que as partes já tenham pré-estabelecido (por exemplo, por meio de pacto antenupcial) ou por livre escolhas das partes. É comum que escritórios de práticas jurídicas ao serem procurados para resolver o litígio, tentem reestabelecer essa comunicação.

A mediação privada (extrajudicial) pode ser classificada como mediação comum, podendo ser conduzida por qualquer pessoa de confiança dos interessados; a mediação comum pode ser subdividida em mediação institucional (organizada por centros ou associações de mediação) ou independente (conduzida por mediadores sem vínculo com qualquer entidade e escolhidos livremente pelas partes) (TARTUCE, 2021, s.p., l. 307).

Os casais, quando se encontram em conflito podem se apresentar de inúmeras formas, que pode favorecer ou não a mediação. Caberá ao mediador a postura adequada a cada caso que lhe for apresentado com o objetivo de ajudar as partes a solucionarem o conflito. Larissa Tomazoni (2020, p. 30-31) classifica esses casais em quatro categorias: fusionais, autísticos, conflituais e desengajados.

Os casais fusionais possuem alto grau de ambivalência, assim ao mesmo tempo que se odeiam eles se amam, mas se culpam mutuamente a respeito de tudo. Nesse caso, conforme Larissa Tomazoni (2020), é importante que o mediador mantenha o controle da mediação a fim de conseguir uma mudança de comportamento entre as partes. Os casais autísticos possuem uma carência de interação e comunicação, assim é importante que o mediador crie novas formas de comunicação entre eles (TOMAZONI, 2020, p. 31-32).

De acordo com Larissa Tomazoni (2020), os casais conflituais se apresentam com altos conflitos, sendo que o mediador deve procurar alternativas para que eles busquem o consenso entre si. Por fim, os casais desengajados são aqueles que já não possuem

maiores afetividades um pelo outro, e já passaram pela crise da separação, sendo o papel do mediador garantir que cheguem a um acordo justo e satisfatório para ambas as partes (TOMAZONI, 2020, p. 32).

Ressalta-se, que a autora traz, tão somente, um ponto de partida para atender os casais, sendo que o mediador, no caso concreto e sendo qualificado para tanto, deverá adotar a melhor postura a fim de que as partes possam se comporem por si mesmas. Importante ressaltar que a mediação possui um cunho transformativo, “[...] a proposta é ajudar as partes a aproveitarem as oportunidades que o conflito apresenta para promover o exercício de autodeterminação e empatia” (TARTUCE, 2021, s.p., l. 207).

A mediação visa que o casal traga o empoderamento para si e o reconhecimento de que ambos são imprescindíveis para a resolução do conflito.

A Resolução n. 125/2010 do CNJ reconheceu tamanha importância a tais fatores, que os contemplou como princípios da mediação e da conciliação judiciais. O empoderamento é identificado como “o dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição”, enquanto o reconhecimento é referido como validação, “dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito” (TARTUCE, 2021, s.p., l. 207).

Para que aconteça a mediação as partes podem juntamente procurar um mediador ou câmara de mediação, ou uma parte pode enviar um convite para a outra informando o escopo da mediação, data e local, nos termos do artigo 21 da Lei nº 13.140 de 2015 (BRASIL, 2015b). A parte que receber o convite poderá aceitar ou recusar a mediação, sendo que na hipótese de ausência de resposta, em até 30 dias da data de recebimento, implica na rejeição da mediação.

Salienta-se que nos termos do artigo 3º da Lei de Mediação, somente podem ser objeto de mediação conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou indisponíveis que admitem transação, sendo que esses últimos devem possuir homologação em juízo e a participação do Ministério Público (BRASIL, 2015b).

A mediação se encerra com a lavratura de seu termo final seja diante de um acordo celebrado ou em razão de ausência de consenso. Na hipótese de celebração de acordo o termo final constitui um título executivo extrajudicial e, se homologado judicialmente, um título executivo judicial (BRASIL, 2015b).

Ressalta-se que o sucesso da mediação no Direito de Família não deve ser medida pelo número de reconciliações, mas sim pelo reestabelecimento do diálogo entre as partes e solução do conflito de forma harmônica, a fim de que os laços que as partes possuem possam ser mantidos ou desatados de forma cordial e respeitosa. Dessa forma, a mediação no âmbito familiar se demonstra imprescindível para que as partes possam agir de forma que o conflito se apresente menos custoso.

4 | DA MEDIAÇÃO JUDICIAL NAS AÇÕES DE FAMÍLIA

A mediação familiar judicial está prevista, de maneira específica, no Capítulo X, artigos 694 a 696, do Código de Processo Civil, de modo que nas ações de família “todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação” (art. 694, CPC) (BRASIL, 2015a). Ademais, se as partes desejarem se submeter a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar no curso do processo, o juiz pode determinar a suspensão do processo para esses fins (art. 694, parágrafo único, CPC) (BRASIL, 2015a), demonstrando que a intenção do legislador é a busca pela solução consensual dos conflitos.

No âmbito do Direito de Família, os conflitos “não se limitam aos aspectos jurídicos levados à apreciação do Poder Judiciário, envolvendo também aspectos afetivos que devem ser considerados para uma resolução efetiva da divergência surgida no âmbito familiar (TAPADA, 2018, p. 187-188). Isso porque a sentença judicial se restringe a uma declaração de procedência ou improcedência do pedido manifestada por alguém que é alheio ao convívio familiar, o juiz, que irá se basear nas provas dos autos para decidir e não, necessariamente, vislumbrará o aspecto transformativo do conflito que se alcança por meio da mediação.

A mediação nas ações de família pode acontecer tanto no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), quanto nas próprias Varas de Famílias ou nas Varas Únicas, no caso das pequenas comarcas, ambos dentro do âmbito de atuação do Poder Judiciário. Entretanto, enquanto nas Varas a mediação já é classificada como processual, no CEJUSC, a mediação acontece em um setor pré-processual de solução de conflitos que funciona como uma unidade judiciária que compõe o Poder Judiciário.

Ademais, no CEJUSC, qualquer pessoa pode requerer o agendamento de uma sessão de mediação familiar para a solução do seu conflito, sendo que os serviços nele disponibilizado são gratuitos. Nas Varas, quando ocorre a audiência de mediação, geralmente, já houve a citação do réu, pois poucos são os casos em que a mediação é requerida antes da citação, o que implica na obrigação de pagamento das custas judiciais, uma vez que nos termos do artigo 29 da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) somente quando o conflito for solucionado por meio da mediação, antes da citação do réu, é que não serão cobradas custas judiciais finais (BRASIL, 2015b).

Ainda no que tange ao CEJUSC, de acordo com o Enunciado nº 47 do III Fórum Nacional da Mediação e Conciliação, “não se aplica aos advogados que atuam como conciliadores ou mediadores, vinculados aos CEJUSCs, o impedimento do artigo 167, §5º, do CPC¹⁷” (FONAMEC, 2016, p. 09), isso é, o Enunciado aduz que os advogados que atuam

1 Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. § 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do

como conciliadores ou mediadores judiciais não estão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenham as suas funções, sob o argumento de que:

A atividade jurisdicional *stricto sensu* volta-se à solução dos litígios dentro do processo, pela manifestação da vontade estatal, apreciando o mérito da ação. Os CEJUSCs são órgãos de natureza diversa, tendo por função precípua fomentar e homologar os acordos a que as partes chegaram, atividade puramente formal sem caráter de jurisdição *stricto sensu* (FONAMEC, 2016, p. 09).

Em específico, no âmbito da mediação familiar, o legislador previu um procedimento especial para as seguintes ações de família: divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação (art. 693, CPC), ações em que o incentivo para a autocomposição é manifesto. Somente algumas demandas não são abarcadas pelo procedimento especial das ações de família, quais sejam: as ações sobre alimentos e interesses de crianças ou adolescentes, que continuam seguindo os ritos previstos nas leis específicas, aplicando-se o disposto no procedimento especial das ações de família quando o seu regramento for compatível (art. 693, parágrafo único, CPC) (BRASIL, 2015a), isso porque essas são ações que envolvem direitos indisponíveis. No caso dos alimentos, poderão ser objeto da mediação cujo foco principal é o divórcio, mas que dele decorrem questões relacionadas à filiação, visitação e alimentos, isso porque os alimentos são direitos indisponíveis passíveis de transação no que tange ao seu caráter pecuniário (GRINOVER, 2014, p. 13-14).

Além dessas ações, existem outros casos que também não devem ser levados para mediação familiar de acordo com o critério de mediabilidade. A mediabilidade “consiste na característica de determinado caso ser passível de encaminhamento para o processo de mediação” (CNJ, s.d, p. 94), isso porque nem todo conflito deve ser conduzido para a mediação. Desse modo, no âmbito familiar, não se deve realizar a mediação em casos que envolvam violência doméstica, abuso de menores, dependência química e doença mental passível de interdição (CNJ, s.d, p. 98), uma vez que esses casos envolvem direitos que não admitem transação, os quais as partes não podem realizar concessões ou que envolvem interesse público.

Outra previsão específica do procedimento especial das ações de família está no artigo 695 do Código de Processo Civil, em que o juiz ordenará a citação do réu para o comparecimento em audiência de mediação (*caput*), fazendo-se mister observar a obrigatoriedade legal na qual o mandado de citação deverá estar desacompanhado da cópia da petição inicial (§1º) (BRASIL, 2015a). A intenção desse dispositivo é preservar o ambiente e as relações familiares, no sentido de evitar que se desperte o temperamento

caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções. BRASIL. **Lei no 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 jun. 2022.

litigioso do réu, de prevenir que vínculos familiares se rompam e de possibilitar a verdadeira solução consensual do conflito.

Ademais, no ato de comparecimento da audiência de mediação, “as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos” (art. 695, §4º, CPC) (BRASIL, 2015a), corroborando com o disposto no art. 26 da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), ao aduzir que na mediação judicial “as partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos” (BRASIL, 2015b). Ressalta-se que a audiência de mediação pode ser dividida em quantas sessões forem necessárias a fim de que se obtenha a solução consensual do conflito (art. 696, CPC) (BRASIL, 2015a).

Tendo visto essas especificidades do procedimento especial nas ações de família, questiona-se sobre a obrigatoriedade ou não de audiência de mediação nas demandas judiciais que envolvam conflitos familiares. O texto do artigo 695 do CPC² gera uma dificuldade de interpretação, uma vez que parte da doutrina³ considera controversa essa obrigatoriedade irrestrita da audiência de mediação nas ações familiares, sob o argumento de que a compulsoriedade da audiência fere o princípio da autonomia da vontade que é um princípio basilar da mediação, bem como sob a alegação de que causa demora no andamento do processo, ferindo o princípio da duração razoável do processo (TAPADA, 2018, p. 196-197). Todavia,

[...] é importante enfatizar, contudo, que a preocupação do legislador do Código de Processo Civil de 2015 ao priorizar a resolução consensual dos conflitos está em viabilizar uma solução duradoura, capaz de prevenir novos desentendimentos, tornando os indivíduos capazes de resolverem por conta própria os eventuais conflitos que surgirem, o que muitas vezes pode ser demorado, mas efetivo. Ademais, havendo entendimento na mediação, certamente o processo será encerrado antes, comparado com a duração comum de um processo judicial litigioso (TAPADA, 2018, p. 197).

O questionamento sobre a audiência de mediação obrigatória em demandas que envolvam conflitos familiares surge porque o artigo 334 do CPC⁴, que trata do procedimento comum, embora também estabeleça a obrigatoriedade da audiência inicial de mediação, traz exceções no seu §4º, enquanto o artigo 695 do CPC, que trata do procedimento especial para as ações de família, não dispõe sobre nenhuma exceção.

2 Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 23 jun. 2022.

3 São os autores: Águida Arruda Barbosa, Fernanda Tartuce, Fernanda Fernandes, Thereza Arruda Alvim, Fernando G. Miranda Netto e Irineu de Oliveira. TAPADA, Adrian Abi. A obrigatoriedade da mediação judicial nas ações de família. **Revista da Defensoria Pública**, Rio Grande do Sul, n. 22, p. 186-209, 2018, p. 197. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/126>. Acesso em: 23 jun. 2022.

4 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. § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 23 jun. 2022.

A diferença da audiência de mediação do procedimento especial das ações de família para a do procedimento comum é que no procedimento comum seria possível a dispensa da audiência desde que as duas partes tenham manifestado previamente o desinteresse pela sua realização. Assim, havendo interesse de apenas uma das partes, a sessão ocorrerá independentemente da vontade da outra parte, por força do dispositivo legal (art. 334, §4º, CPC).

Já no procedimento especial para as ações de família, inexistente previsão legal sobre a possibilidade da não realização da audiência de mediação. As partes devem comparecer à audiência, mesmo que no momento do ato elas informem que não tem solução consensual para o conflito, que não desejam a mediação.

Observa-se que a mediação não é obrigatória, mas que o comparecimento na audiência é obrigatório. Não havendo transação, isto é, solução consensual do conflito, o processo será instruído e julgado normalmente. Entretanto, o fato das partes comparecerem na audiência, escutarem como funciona e o que é uma audiência de mediação, já é transformador para que se incuta nas partes a ideia da solução consensual⁵.

Assim, a obrigatoriedade do comparecimento em audiência de mediação familiar não significa que as partes estejam obrigadas a transacionar, mas apenas que sejam expostas à declaração de abertura e ao procedimento de mediação previamente às normas do procedimento comum do judiciário, tratando-se de uma audiência preliminar com caráter pedagógico e informativo.

5 | DOS FILHOS NA MEDIAÇÃO FAMILIAR

No contexto dos conflitos familiares, deve-se atentar para a situação dos filhos em meio as divergências dos pais, uma vez que eles são diretamente afetados pelos desentendimentos do casal. Nesse cenário conflituoso, de divórcio, pode surgir a alienação parental, entendida como a manipulação exercida, ordinariamente, por um dos genitores sobre os filhos menores com o objetivo de afetar negativamente a relação dela com o outro genitor, ou seja, um dos genitores se utiliza de estratégias de manipulação dos filhos visando prejudicar, impossibilitar ou destruir o vínculo afetivo deles com o outro genitor. Nos termos da Lei de Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010):

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

5 Parte da doutrina que observa pontos positivos na obrigatoriedade da audiência de mediação: Eduardo Cambi, Luciane Moessa Souza, Marcos José Porto Soares, Evandro Souza Lima e Samantha Pelajo e Adrian Tapada. TAPADA, Adrian Abi. A obrigatoriedade da mediação judicial nas ações de família. *Revista da Defensoria Pública*, Rio Grande do Sul, n. 22, p. 186-209, 2018, p. 198-203. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/126>. Acesso em: 23 jun. 2022.

Assim, quando do divórcio, os genitores precisam pensar de forma equilibrada sobre seus deveres para com os filhos, principalmente entender que cuidar, educar e amar é acima de tudo, respeitar. Nesse sentido, a mediação auxilia os pais a pensarem e dialogarem de forma mais razoável sobre os assuntos que são importantes na vida dos filhos, tendo como foco o desenvolvimento saudável da prole. Os pais não devem visar a disputa pela posse dos filhos e utilizá-los como um meio para atingir um ao outro, como uma vingança em razão do divórcio (FILAGRANA, 2017), o casal deve se lembrar que eles não são somente marido e mulher, mas são também pai e mãe que precisam considerar seus papéis parentais e se preocuparem também com o bem-estar dos filhos. Diante disso, a mediação exerce a função de reestabelecer a comunicação entre os pais que não dialogam mais, auxiliando-os a entender a importância do respeito para a criação dos filhos.

No que tange à participação dos filhos, especialmente as crianças, na mediação familiar, a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, instrumento ratificado por 196 países, prevê no artigo 12 o direito à liberdade de opinião da criança, devendo ser levado em consideração a capacidade de discernimento de acordo com a sua idade e maturidade, bem como dispõe que a criança deve ser ouvida em processos judiciais que a afetem, respeitando-se as regras processuais nacionais (BRASIL, 1990).

Diante disso, pode-se apontar vantagens e desvantagens da participação dos filhos na mediação familiar. Como vantagens, afirma-se que os filhos quando escutados, se sentem protegidos porque estão informados e envolvidos nas decisões que lhes dizem respeito, aduz-se também que a qualidade dos acordos obtidos é melhor, isso porque os pais ouvindo os filhos tendem a colocar em prática aquilo que eles vislumbram como melhor para vida familiar deles após o divórcio dos pais, os seus interesses e desejos (POÇAS, 2013, p. 850), como por exemplo nos acordos de convivência, que podem ser flexíveis de acordo com a rotina dos pais e dos filhos, não necessitando ser, obrigatoriamente, o padrão de visitação estabelecido pelos juízes.

Com relação às desvantagens da participação das crianças na mediação familiar alega-se que pode haver uma intensificação dos sentimentos de culpa e ansiedade nos filhos, afirma-se que os filhos podem não expor os seus sentimentos verdadeiros com receio dos pais, aduz-se que os filhos podem ser manipulados por um dos pais a tomar partido e dizerem aquilo que ou o pai ou a mãe querem ouvir e não expressarem a sua vontade, bem como há um receio da exposição dos filhos ao conflito parental (POÇAS, 2013, p. 851).

A participação dos filhos na mediação possibilita que o mediador compreenda a dinâmica da relação familiar, entenda como se dá a interação entre pais e filhos e seja capaz de conduzir a mediação de forma que alcance melhores resultados, que realmente se vislumbre o viés transformativo do conflito, fazendo com que os pais adotem uma postura cooperativa no decorrer do procedimento de mediação, ao passo que também fica a cargo do mediador evitar a exposição dos filhos, especialmente crianças, ao conflito dos

pais. Daí a importância do mediador ser qualificado para atuar nos conflitos de família, ter a capacidade de conduzir a audiência de forma não prejudicial a criança, utilizar-se de uma linguagem adequada, bem como de técnicas de fala e escuta.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Direito, especialmente no campo do Direito de Família, a pacificação social vai além da resolução da lide processual, sendo fundamental que se solucione também a lide sociológica e quando se atribui ao Estado o poder-dever de solucionar os conflitos de interesse, mingua-se a utilização da autotutela e da utilização dos métodos consensuais de solução dos conflitos.

O Poder Judiciário cada vez mais vem acumulando demandas, o que enfraquece o lapso temporal de solução dos conflitos, ocasionando lentidão na prestação jurisdicional, tendo em vista o grande número de demandas do Judiciário, que se dá muito em razão do fenômeno da judicialização das relações sociais. A judicialização das relações sociais ocorre muito também por uma questão cultural que foi desenvolvida na sociedade pela busca de seus direitos e solução dos conflitos no Judiciário, ainda que muitas das vezes essa solução seja apenas processual e não sociológica.

Em se tratando dos conflitos familiares, muitas das vezes a lide se vê tomada pela emoção, pelos sentimentos e afastada da razão, motivo pelo qual se busca a judicialização da questão, quase que como uma guerra fria. Entretanto, quando as pessoas passam a ser responsáveis pela solução do conflito e não o Judiciário, vislumbra-se de uma mudança cultural pela qual os sujeitos tomam para si a responsabilização pelos conflitos e tal situação enseja em soluções mais eficazes. Trata-se, então, da cultura da pacificação na qual se ganha-ganha, diferente da cultura da judicialização e resolução pela sentença onde se ganha-perde.

Por essa perspectiva, verifica-se que apenas através da resolução integral do conflito (lide processual e lide sociológica) é que se realiza a pacificação social, essencial no âmbito das questões familiares. A mediação é um método autocompositivo, pelo qual a tomada de decisão se dá pelas partes com o auxílio de um terceiro, não se tratando de uma decisão unilateral como é o caso do magistrado na sentença. Na mediação familiar a comunicação entre os entes familiares é facilitada pelo mediador que auxilia o diálogo, fazendo com que as partes participem de forma ativa e conjunta para a solução do conflito, e em razão disso a mediação se verifica mais eficaz, justamente pelo envolvimento das partes na compreensão do próprio conflito e consequente cumprimento daquilo que por elas foi proposto realizar.

A mediação familiar pode ser realizada no âmbito extrajudicial e no âmbito judicial. A mediação familiar extrajudicial ou privada é realizada antes da distribuição de um processo judicial, e suas sessões podem acontecer em centros ou associações de mediação ou de

maneira independente, por mediadores que atuem em escritórios de advocacia ou núcleos de prática jurídica. Já a mediação familiar judicial acontece no âmbito do Poder Judiciário, nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), e nas Varas dos Tribunais de Justiça.

Desse modo, a utilização da mediação no Direito de Família vem a possibilitar um maior envolvimento das partes na solução dos seus conflitos garantindo, nesse sentido, maior eficácia naquilo que foi por elas acordado. Assim, a mediação familiar tem o condão de transformar os sentimentos ruins em bons sentimentos, de restabelecer o diálogo entre os entes familiares e de proporcionar uma melhor condução da relação familiar entre pais e filhos após a dissolução do vínculo conjugal.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Águeda Arruda. Mediação familiar: uma cultura de paz. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 10, p. 23-34, 2004. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/395>. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 23 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 23 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o §2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, [2015b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 19 jun. 2022.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa; GOMES, Taritha Meda Caetano. A mediação como instrumento pacificador nos conflitos familiares. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 10, p. 271-286, 2006.

CACHAPUZ. Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2005.

CNJ. **Curso de Mediação de Família**. 1ª versão. Disponível em: https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/CURSO_MEDIACAO/Curso_de_Medio_de_Familia_CNJ_24_hora-aula.pdf. Acesso em: 23 jun. 2022.

FILAGRANA, Tatiana C. dos Reis. Mediação Familiar como solução para alienação parental. **IBDFAM**, 24 maio 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1216/Media%C3%A7%C3%A3o+familiar+como+solu%C3%A7%C3%A3o+para+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+>. Acesso em: 23 jun. 2022.

FONAMEC. **III Fórum Nacional da Mediação e Conciliação**. 2016. Disponível em: https://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/cms/grupopaginas/124/1084/file/ENUNCIADOS%20APROVADOS_Comiss%C3%A3o%20Acesso%20Just%20Cid%20CNJ.pdf. Acesso em: 23 jun. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de civil brasileiro**. Direito de família. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação endoprocessuais na legislação projetada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 13, n. 91, p. 71-92, set. /out. 2014.

LIMA, Caroline Melchades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. **Civilistica.com**, v. 7, n. 3, p. 1-24, 16 dez. 2018. Disponível em: <http://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/373/313>. Acesso em: 17 nov. 2021.

LOBO, Fabiola Albuquerque. As transformações do direito de família brasileiro à luz da constituição federal de 1988. **Civilistica.com**, v.8, n. 3, p. 1-21, 15 dez. 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/455/368>. Acesso em: 27 jun. 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**, tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POÇAS, Isabel. A participação das crianças na mediação familiar. **Revista da Ordem dos Advogados**, a. 73, p. 813-862, 2013. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11328/793>. Acesso em: 23 jun. 2022.

TAPADA, Adrian Abi. A obrigatoriedade da mediação judicial nas ações de família. **Revista da Defensoria Pública**, Rio Grande do Sul, n. 22, p. 186-209, 2018. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/126>. Acesso em: 23 jun. 2022.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito de Família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TOMAZONI, Larissa Ribeiro. **Mediação familiar**. Curitiba: Contentus, 2020.

ASSÉDIO MORAL E BIOÉTICA: UMA ALTERNATIVA MORAL PARA A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS SUBTRAÍDOS PELA REFORMA TRABALHISTA

Data de submissão: 16/01/2025

Data de aceite: 05/03/2025

Marisa Augusta de Oliveira

Doutoranda em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva; Mestre em Saúde Pública
Universidade Federal do Rio de Janeiro
<https://orcid.org/0000-0001-7859-2059>

Adriana da Silva Batista

Especialista em Direito do Trabalho
Fundação Oswaldo Cruz
<https://orcid.org/0009-0007-0664-1393>

Marisa Palácios da Cunha e Melo e Almeida Rego

Doutora e professora titular de Bioética
Universidade Federal do Rio de Janeiro
<https://orcid.org/0000-0001-6507-4199>

RESUMO: A Reforma Trabalhista significou profundo retrocesso nos direitos dos trabalhadores, especialmente no tocante ao tema “Dano Extrapatrimonial”, ao tabelar a indenização de acordo com o grau da lesão e o salário do trabalhador. Nesse cenário, o tema “Assédio Moral” e suas respectivas indenizações foram diretamente impactadas, sobretudo, no que tange a isonomia e dignidade da pessoa humana. Com o objetivo de demonstrar o retrocesso regulatório no âmbito trabalhista em relação ao assédio moral e analisar o impacto nas

demandas judiciais acerca do assunto, foram analisados os dados estatísticos do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e identificou-se, uma queda progressiva no número de ações relacionadas ao tema. Frente a este viés moral, que vai de encontro ao princípio da reparação e das crescentes preocupações políticas e organizacionais acerca do problema, este estudo apresenta algumas contradições constitucionais e propõe reflexões éticas, na medida em que a reforma aprovada retrata um paradoxo, já que o Ente instituidor de Direitos, não pode legislar contrariamente às premissas constitucionais outrora assumidas. Nessas perspectivas, é patente reconhecer os limites das normas jurídicas, quando dissociadas da realidade das injustiças. Para tanto, defende-se a Bioética como uma abordagem coerente e capaz de solucionar os conflitos morais, em especial, a Ética Organizacional, pois, ela nos desvela possibilidades de análise, compreensão e ação frente às práticas assediadoras (antiéticas) no trabalho e pensar soluções coletivas para esses problemas morais.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio Moral; Bioética; Direitos Fundamentais; Ética Organizacional; Reforma Trabalhista.

MORAL HARASSMENT AND BIOETHICS: A MORAL ALTERNATIVE FOR PRESERVING RIGHTS WITHDRAWN BY THE LABOR REFORM

ABSTRACT: The Labor Reform was a profound setback in workers' rights, especially regarding the issue of "Non-Patrimonial Damages", by setting compensation by level of injury and the worker's salary. In this scenario, the issue of "Moral Harassment" and its respective compensations were directly impacted, especially regarding equality and human dignity. In order to demonstrate the regulatory setback in the labor sphere regarding moral harassment and analyze the impact on lawsuits on the subject, we retrieved and studied statistical data from the Superior Labor Court (TST) and identified a progressive decline in the number of lawsuits related to the subject. Given this moral bias, which goes against the principle of reparation and the growing political and organizational concerns about the problem, this study presents some constitutional contradictions and proposes ethical reflections, to the extent that the approved reform portrays a paradox, since the Entity that establishes Rights cannot legislate against the constitutional premises previously assumed. From these perspectives, we should clearly recognize the limits of legal norms when dissociated from the reality of injustices. To this end, Bioethics is advocated as a coherent approach capable of resolving moral conflicts, especially Organizational Ethics, since it reveals possibilities for analysis, understanding and action in the face of harassing (unethical) practices at work and for thinking of collective solutions to these moral issues.

KEYWORDS: Moral Harassment; Bioethics; Fundamental Rights; Organizational Ethics; Labor Reform.

1 | INTRODUÇÃO

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de 1943, é resultado de diversas lutas sociais por condições dignas de trabalho. Com o advento da Constituição Federal, em 1988, a dignidade da pessoa humana ganhou ênfase, sob o aspecto de que o trabalhador precisa ser percebido enquanto pessoa titular de direitos e não apenas mais uma ferramenta no processo de trabalho.

No âmbito jurídico, no que tange à relação empregatícia, o trabalhador é parte hipossuficiente, tendo em vista a sua subordinação contratual, razão pela qual o ordenamento trabalhista lhe oferece maior proteção, no intuito de mitigar a discrepância existente entre o dono do capital e dos meios de produção, e aquele que oferece sua força de trabalho.

Ocorre que, em 2017, sob o argumento de geração de empregos e menor burocratização das relações de trabalho, aprovou-se a Reforma Trabalhista através da lei nº 13.467/17. Com vigência desde 11 de novembro do mesmo ano, a mencionada reforma trouxe profundas mudanças na CLT e tornou-se, na realidade, um retrocesso nos direitos outrora conquistados pelos trabalhadores.

Foram modificados mais de 100 artigos da CLT, em que claramente se nota a intenção do legislador em flexibilizar várias bases e valores trabalhistas. Como consequência,

observou-se uma considerável queda no número de ações trabalhistas, o que retrata a dificuldade de acesso à justiça pelos trabalhadores. Com as modificações na concessão de gratuidade de justiça, ampliou-se o risco de pagamentos com despesas processuais, tais como honorários advocatícios e periciais, em caso de improcedência (perda) dos pedidos, reduzindo a tão necessária proteção ao trabalhador.

Vários temas da justiça do trabalho foram imensamente impactados com esses retrocessos, dentre os quais destaca-se o tema “assédio moral”. Em ações que versem sobre esse tipo de dano, a procedência do pedido depende da efetiva comprovação do ato ilícito, prova esta que não é tão simples de se produzir. Isso, aliado ao fato de que os trabalhadores poderiam ter de arcar com honorários sucumbenciais, contribuiu para a diminuição de demandas propostas nesse sentido.

Ademais, o novo artigo 223-G da CLT, incluído pela reforma trabalhista, trouxe à baila o tabelamento do dano extrapatrimonial, tendo como parâmetro o salário do trabalhador, em patente afronta ao princípio da isonomia e demais ditames constitucionais. Ou seja, há tratamento desigual entre trabalhadores, tão somente, por terem salários distintos.

Inúmeras críticas e questionamentos emergiram na seara trabalhista, resultando em três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) perante o Supremo Tribunal Federal (STF) pleiteando a declaração de inconstitucionalidade dos artigos relacionados ao dano extrapatrimonial, dentre eles, o artigo 223-G que guarda relação direta com os pedidos indenizatórios oriundos de assédio moral.

No entanto, em recente decisão do STF proferida em 27.10.2023, por maioria, conheceu das ADI 6.050, 6.069 e 6.082, julgando parcialmente procedentes os pedidos para conferir interpretação conforme a Constituição, decidindo, portanto, pela Constitucionalidade dos artigos.

O conjunto de medidas expressa as reais pretensões da reforma trabalhista e denota as contradições jurídicas e limites éticos frente à afronta aos direitos fundamentais; ações praticadas e legitimadas pelas próprias estruturas do Estado.

É a partir deste contexto, que o presente estudo busca analisar o impacto da reforma trabalhista sobre as demandas judiciais, especificamente quanto ao tema “dano extrapatrimonial”, em ações que versem sobre o “assédio moral”, logo, sobre a *práxis* dos direitos fundamentais tendo em vista a perspectiva de justiça e transformação das relações de trabalho à luz da Bioética.

2 | METODOLOGIA

A Justiça do Trabalho é composta pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), por 24 Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e pelos Juízes do Trabalho. O ingresso das demandas, salvo casos de competência originária, se dá nas varas do Trabalho – a 1ª

instância. Assim, o juiz do trabalho é o primeiro a julgar conflitos decorrentes das relações de trabalho, proferindo, ao final, sentença.

Caso as partes não se conformem com o resultado do processo, lhes é garantido o duplo grau de jurisdição, ou seja, que a decisão seja reapreciada, através dos denominados Recursos. Nesse caso, seguindo a linha recursal, os Tribunais Regionais do Trabalho correspondem à 2ª instância e possuem essa competência de apreciar os recursos advindos da 1ª instância, proferindo os denominados “Acórdãos”, avaliando fatos e provas do caso concreto e proferindo nova decisão. Novamente, caso as partes não concordem com o teor da decisão regional, e desde que preenchidos determinados requisitos, é possível a interposição de recurso para o Tribunal Superior do Trabalho (TST).

O Tribunal Superior do Trabalho - TST, apesar de ser o órgão da Justiça do Trabalho que possui jurisdição em todo o território nacional, com função principal de uniformizar a jurisprudência trabalhista brasileira, ao apreciar os recursos que lhe são interpostos, não analisa fatos e provas, mas somente se as decisões dos Regionais estão ou não em desacordo com o ordenamento jurídico trabalhista, para o alcance da uniformização das decisões.

Diante dessa forma de Organização da Justiça do Trabalho, para analisar o número de processos novos na Justiça do Trabalho que versam sobre o assunto “assédio moral”, especificamente os casos de procedência e o dano extrapatrimonial determinado, utilizou-se duas bases de dados disponibilizadas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) através do Serviço de Estatística, permite a visualização do Ranking de Assuntos mais Recorrentes na Justiça do Trabalho. Na mesma página é possível obter os números de novas ações por assunto. Desta forma, utilizou-se como estratégia de seleção de dados, o seguinte percurso metodológico: através do link <https://www.tst.jus.br/web/estatistica>, selecionou-se a aba “JT” → “Assuntos mais Recorrentes” → “Ranking Casos Novos - 2018 a 2024”.

Ao fazer o *download* da planilha Excel disponibilizada, aplicou-se os seguintes filtros: no “Nível 1”, selecionou-se a área “Direito do Trabalho”. Na sequência, filtrou-se o “Nível 2”, pelo subtema “Responsabilidade Civil do Empregador”. No “Nível 3”, selecionou-se a categoria “Indenização por Dano Moral” e por fim, no “Nível 4” demarcou-se o tema “Assédio Moral”, cujo código correspondente é “1723”. Após o refinamento dos dados, não havia informações a serem filtradas nos níveis seguintes. A pesquisa restringiu-se ao período de 2018 a 2023, considerando o recorte temporal disponível (em anos completos) na plataforma (acesso em 15 de janeiro de 2025).

Além disso, a plataforma permite identificar os assuntos mais recorrentes somente no âmbito do TST, ou seja, os assuntos mais submetidos à apreciação do Tribunal Superior, através dos recursos. Dessa forma, também foi realizada pesquisa acerca do tema “assédio moral” na fase recursal, considerando o mesmo recorte temporal. No mesmo link supracitado (<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst>) selecionou-se a aba “TST” →

“Assuntos mais Recorrentes” → “Ranking Casos Novos - 2018 a 2023”, utilizando-se na sequência, a mesma estratégia de seleção de dados.

3 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

Assédio moral em números: casos novos na Justiça do Trabalho (JT)

Ao realizar-se o filtro pelo assunto “Assédio moral”, identifica-se que, entre os anos de 2018 e 2023, a posição do tema “Assédio Moral” no ranking varia entre a 29ª e a 77ª posição entre os mais submetidos à apreciação pela Justiça do Trabalho, conforme evidenciado na tabela 1.

LEVANTAMENTO DO NÚMERO DE PROCESSOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO - TST			
ANO	RANKING	ASSUNTO	TOTAL
2018	29º	DIREITO DO TRABALHO - Responsabilidade Civil do Empregador - Indenização por Dano Moral - Assédio Moral	115.352
2019	29º	DIREITO DO TRABALHO - Responsabilidade Civil do Empregador - Indenização por Dano Moral - Assédio Moral	111.649
2020	59º	DIREITO DO TRABALHO - Responsabilidade Civil do Empregador - Indenização por Dano Moral - Assédio Moral	50.402
2021	59º	DIREITO DO TRABALHO - Responsabilidade Civil do Empregador - Indenização por Dano Moral - Assédio Moral	53.922
2022	68º	DIREITO DO TRABALHO - Responsabilidade Civil do Empregador - Indenização por Dano Moral - Assédio Moral	41.159
2023	77º	DIREITO DO TRABALHO - Responsabilidade Civil do Empregador - Indenização por Dano Moral - Assédio Moral	33.298

Tabela 1. Ranking dos assuntos mais recorrentes: casos novos na Justiça do Trabalho entre 2018 e 2023.

Fonte: Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>.

É possível observar que o número de demandas sobre assédio moral vem caindo desde 2018. Essa queda pode causar uma falsa percepção de que os casos de assédio moral têm diminuído. Contudo, com o advento da Reforma Trabalhista e a redução da possibilidade de justiça gratuita, bem como com a chance de o reclamante, se sucumbente (perder), ter de pagar os honorários advocatícios, fez com que os trabalhadores ficassem reticentes em mover ações. Especificamente quanto ao “assédio moral”, tal receio tornou-se ainda maior na medida em que essas ações demandam produção de provas no decorrer do processo que, em geral, são de difícil produção, tais como prova testemunhal e documental.

Houve uma discreta oscilação em 2021, a qual supõe-se decorrer da retomada gradativa das atividades judiciárias durante a pandemia de COVID-19 (vide Resolução nº 322 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ), após a suspensão ocorrida em março de 2020 (Resoluções nº 313 e 314 do CNJ). Alguns estados federados e municípios relativizaram as regras de isolamento social, enquanto outros entes enfrentaram maiores dificuldades, instituindo, inclusive, o regime de *lockdown*, impedindo um retorno unificado para todos os tribunais do país.

No antigo sistema processual trabalhista, a gratuidade de justiça dependia somente de simples declaração de pobreza, gozando de presunção relativa de veracidade, a qual poderia ser afastada por prova em sentido contrário.

Vejamos a redação anterior do Art. 790 da CLT:

[...] § 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

No pós-reforma, o novel artigo 790, §§ 3º e 4º, além do limite salarial, trouxe ainda, a necessidade de que a parte comprovasse a sua insuficiência de recursos. Logo, não sendo mais uma presunção relativa, conforme exposto abaixo:

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

Portanto, não sendo concedida a justiça gratuita, caso o trabalhador tivesse sua demanda julgada como improcedente, teria de arcar com as custas processuais e honorários advocatícios da parte contrária. Assim, o trabalhador ficou mais reticente em mover ações trabalhistas.

Diante desse quadro, levantou-se a questão da violação ao acesso à justiça, uma garantia constitucional. Ou seja, a criação das novas regras gerou ônus desproporcional para os trabalhadores vulnerados e desassistidos buscarem o Judiciário.

Nessa toada, foi proposta a ADI 5.766, ajuizada pela Procuradoria Geral da República com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade dos artigos 790-B, caput e §4º; 791-A, § 4º, e 844, § 2º, por violação aos artigos 1º, III, incisos III e IV; artigo 3º, incisos I e III; artigo 5º, caput, incisos XXXV e LXXIV e §2º; e Artigos 7º a 9º da Constituição da República.

Após longo debate, apesar desse cenário trágico, o STF em 03.05.2022, proferiu decisão, transitada em julgado em 04.08.2022, na qual entendeu pela inconstitucionalidade dos artigos que estabeleciam a necessidade de pagamento de honorários periciais e advocatícios (honorários de sucumbência) pela parte derrotada (trabalhador), mesmo que esta seja beneficiária da justiça gratuita (artigo 790-B, caput e parágrafo 4º, da CLT) bem como o uso de créditos trabalhistas devidos ao beneficiário de justiça gratuita, em outro processo, para o pagamento desses honorários (artigo 791-A, parágrafo 4º).

Entretanto, a referida decisão não foi o bastante para reparar os significativos danos causados à seara trabalhista, sofridos desde novembro de 2017 com o advento da reforma, que, afastou de forma patente a aplicação dos diplomas constitucionais e internacionais do meio ambiente de trabalho, num claro retrocesso social.

Haja vista o princípio da vedação ao retrocesso social – por meio do qual o legislador possui limites na sua função legislativa, tendo como primado maior o respeito aos direitos constitucionais – não deveria ser permitida a subtração de conquistas sociais obtidas e já incorporadas ao patrimônio jurídico.

O argumento usado à época era geração de empregos e inibição de demanda trabalhistas aventureiras. Contudo, não há registros científicos de que a redução de direitos tenha correlação direta com a criação de empregos, tampouco, vínculos formais. Quanto ao argumento da inibição de demandas aventureiras, este também não merece prosperar, na medida em que, antes da reforma, já havia dispositivos para evitar tais condutas, como as condenações por litigância de má-fé, por falso testemunho e por atos atentatórios à dignidade da justiça, aplicáveis no processo do trabalho. Logo, o verdadeiro motivo da referida reforma foi o enfraquecimento da Justiça do Trabalho, forjado em uma roupagem de política econômica.

Silva e Pires (2022) ao discorrerem sobre o assunto, afirmam que “[...] pensar em desenvolvimento econômico e social do país necessariamente envolve a tutela do meio ambiente de trabalho, a garantia da dignidade do trabalhador, a existência de trabalho digno, conceitos que não se coadunam com o assédio moral”. Em outros termos, ressaltam que a urgência na aprovação da Reforma Trabalhista se pautou pela perspectiva de Estado Mínimo, cujo Direito do Trabalho e o histórico de lutas por direitos e garantias trabalhistas foram negligenciados, portanto, fomentando oportunidades para os riscos psicossociais e condições indignas de trabalho, dentre elas, a expansão do assédio moral no trabalho.

Pelo comando constitucional, é dever do Estado, embasado nos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, a efetivação dos direitos fundamentais, que são aqueles que buscam assegurar ao indivíduo condições dignas de existência em sociedade. Conforme disposto no artigo 1º, inciso IV, e artigo 7º, ambos da Constituição Federal, os direitos trabalhistas possuem esse *status*.

Se o Estado tem o dever de preservação dos direitos fundamentais, não poderia ele próprio eximir-se de sua responsabilidade e propor políticas ou alterações legislativas que violam flagrantemente tais direitos, incorrendo em desvio do próprio objetivo constitucional. É sob este pilar que se assenta um Estado Democrático de Direito: um Estado cujo poder é limitado pelos direitos fundamentais de seus cidadãos.

Especificamente quanto ao assédio moral e o dano extrapatrimonial decorrente dele, antes da Reforma, a justiça do trabalho se baseava nas normas do Código Civil e da Constituição Federal para arbitramento do quantum indenizatório. Esse conjunto de

normas consagra a chamada reparação integral do dano, por meio da qual serão analisados aspectos existenciais do indivíduo, bem como a dimensão do dano.

Neste sentido, segue julgado do Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. ARBITRAMENTO. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA. CRITÉRIOS A SEREM OBSERVADOS PELO JULGADOR. Na perspectiva do novo cenário constitucional, que reconheceu como fundamento da República o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), e das novas tendências da responsabilidade civil, optou o legislador brasileiro pelo princípio da reparação integral como norte para a quantificação do dano a ser reparado. Tal consagração normativa encontra-se no caput do artigo 944 do Código Civil que prevê: - A indenização mede-se pela extensão do dano -. Essa regra decorre, também, da projeção do princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, CF) em sede de responsabilidade civil e faz com que a preocupação central do ordenamento jurídico se desloque do ofensor para a vítima, sempre com o objetivo de lhe garantir a reparação mais próxima possível do dano por ela suportado. [...] (TST - AIRR: 8179020115230009, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 27/08/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/08/2014)

Após a reforma foi incluído na CLT o Título II-A que trata sobre o dano extrapatrimonial, determinando no artigo 223-A que apenas os dispositivos desse Título se aplicariam à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho. Além disso, o artigo 223-G pressupõe graus de lesão a fim estipular faixas de indenização:

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Em decorrência dessa nova previsão legal foram propostas as ADI 6.050, 6.069 e 6.082, que buscavam declarar a inconstitucionalidade dos artigos 223-A e 223-G da CLT, sob o argumento de que violariam, dentre outros, os princípios da isonomia (igualdade) e da reparação integral do dano, bem como da proporcionalidade e razoabilidade, da proteção do trabalho e o da proibição do retrocesso social.

Quanto à isonomia, esta foi violada na medida que a Reforma limitou o tratamento da matéria apenas a um “Título” da CLT, sem considerar os demais diplomas que tratam do mesmo tema, como ocorre nas demais relações entre particulares. Em relação à reparação integral do dano, reincide a contradição institucional ao estipular o *quantum* indenizatório

de acordo com o salário do trabalhador ofendido e o grau da ofensa, sem considerar as particularidades do caso concreto.

Os argumentos foram pertinentes, ao passo que o artigo 5º da Carta Maior dispôs sobre os direitos e garantias fundamentais, determinando no inciso V que é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Logo, não traçou qualquer limite ao ressarcimento, sendo explícita a indicação de que este deve ser correspondente ao agravo. Da mesma forma, o artigo 944 do Código Civil, dispõe que a indenização deve ser medida pela extensão do dano. Logo, a lei reformista não poderia ter restringido o quantum indenizatório a ser fixado pelos juízes, apenas a um “Título” ou determinar faixas de valor, tendo em vista que a própria Constituição Federal não o fez.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2019, p.66) “três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva”. A primeira, diz respeito à reparação do dano, no intuito de que o ofendido retorne ao *status quo ante*. A segunda, objetiva sancionar o ofensor pela lesão a bem jurídico alheio e a última tem efeito pedagógico, desestimulando ofensas similares pelo conhecimento das consequências do ato ilícito.

Ao apreciar a matéria, o STF em decisão proferida em 27.10.2023, por maioria, julgou parcialmente procedentes os pedidos das ADI 6.050, 6.069 e 6.082, tendo como entendimento prevalente que os artigos ora atacados não seriam inconstitucionais. Nessas perspectivas no que tange ao artigo 223-A, a relatoria entendeu que “em momento algum” o dispositivo afastou a aplicação dos princípios constitucionais e, que o magistrado permanece com o dever de apreciar o caso concreto realizando uma interpretação do ordenamento jurídico por completo e, em caso de lacunas, deve usar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

No tocante ao artigo 223-G, entendeu-se que o valor-referência do salário não pode ser utilizado como “teto”, sendo possível que o magistrado ultrapasse os limites quantitativos mencionados nos incisos I a IV do § 1º, do respectivo artigo, diante das especificidades do caso concreto, posto que os parâmetros fixados podem servir de critérios, ainda que não exaurientes. Segue trecho da decisão:

Assim, por todo o exposto, julgo parcialmente procedente as ADI para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 223-G da CLT, assentado que os critérios neles fixados não impedem que decisão judicial devidamente motivada que dialogue com os parâmetros legais fixe indenização por dano extrapatrimonial em quantia superior aos limites previstos nos incisos I, II, III e IV do § 1º do dispositivo legal.

Apesar do pequeno avanço, é notório o retrocesso social, posto que, não sendo os artigos declarados inconstitucionais, permanece vigente uma estipulação de critérios restrita ao âmbito trabalhista, inexistente nas demais áreas do Direito, o que, inevitavelmente,

trata de forma desigual situações idênticas apenas pelo fato de serem ou não oriundas de uma relação de trabalho. Além disso, a presença do artigo 223-G no ordenamento jurídico interfere no livre convencimento do magistrado, cuja motivação das decisões precisarão dialogar com os parâmetros legais.

Um dos argumentos dos defensores da inconstitucionalidade do artigo 223-G é que a inclusão dos parâmetros de indenização, inevitavelmente, permite aos empregadores fazerem análises prévias e comparativas entre possíveis gastos com pagamento de indenizações por dano extrapatrimonial e valores aplicados em ações preventivas em saúde e segurança no meio ambiente de trabalho, inferindo que as custas com indenizações sejam mais vantajosas. Portanto, tal condição fere diretamente uma das funções da responsabilidade civil, qual seja, a de desestimular ilícitos.

Assédio moral em números: casos novos no Tribunal Superior do Trabalho (TST)

Na plataforma disponibilizada pelo Tribunal Superior do Trabalho, ao realizar-se o filtro pelo assunto “Assédio moral”, identifica-se que, entre os anos de 2018 e 2023, a posição do tema “Assédio Moral” no ranking varia entre a 95ª e a 104ª posição entre os mais submetidos à apreciação do TST (vide tabela 2).

LEVANTAMENTO DO NÚMERO DE PROCESSOS NOVOS NO TRIBUNAL SUPERIRO DO TRABALHO - TST							
Ano	Posição	Nível 1	Nível 2	Nível 3	Nível 4	Nível 5	Total
2018	101º	DIREITO DO TRABALHO	Responsabilidade Civil do Empregador	Indenização por Dano	Assédio Moral		1.347
2019	100º	DIREITO DO TRABALHO	Responsabilidade Civil do Empregador	Indenização por Dano	Assédio Moral		1.794
2020	104º	DIREITO DO TRABALHO	Responsabilidade Civil do Empregador	Indenização por Dano	Assédio Moral		1.768
2021	95º	DIREITO DO TRABALHO	Responsabilidade Civil do Empregador	Indenização por Dano	Assédio Moral		2.241
2022	97º	DIREITO DO TRABALHO	Responsabilidade Civil do Empregador	Indenização por Dano	Assédio Moral		1.997
2023	100º	DIREITO DO TRABALHO	Responsabilidade Civil do Empregador	Indenização por Dano	Assédio Moral		1.535

Tabela 2. Ranking dos assuntos mais recorrentes: casos novos no Tribunal Superior do Trabalho entre 2018 e 2023.

Fonte: Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/assuntos-mais-recorrentes>.

Como advento da Reforma Trabalhista, vários temas tornaram-se muito controversos, em especial quanto a aspectos de constitucionalidade, o que, inevitavelmente, demanda uma posição do Tribunal Superior em matéria trabalhista. Vários argumentos de afronta aos direitos fundamentais, em especial no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, precisaram ser avaliados pela corte trabalhista, o que indica uma maior demanda recursal.

Da análise dos dados acima, identifica-se um aumento desses números em relação ao período inicial da pesquisa (2018). Em comparação com os números de ações novas na Justiça do Trabalho (Tabela 1), o número de ingresso é muito menor, tendo em vista que o próprio sistema recursal trabalhista impõe o preenchimento de determinados requisitos

para submissão dos recursos ao TST. Ou seja, trata-se de um filtro em que, como lógica natural do processo, nem todas as demandas que iniciam na Justiça do Trabalho chegam ao TST.

A Constituição Federal assegura aos litigantes a revisão das sentenças, isto é, o duplo grau de jurisdição. O TST analisará somente os recursos em que houver afronta ao ordenamento jurídico e não os recursos que tratem apenas de fatos ou provas, conforme sumula 126 do mesmo Tribunal. Controvérsias sobre fatos e provas devem ser concluídas no âmbito dos Tribunais Regionais, motivo da discrepância entre os números constantes da Tabela 1 e os da Tabela 2.

Dos direitos fundamentais à Ética Organizacional no contexto do assédio moral

Reiterando, os direitos fundamentais são aqueles que buscam assegurar às pessoas, condições dignas de existência em sociedade, nas quais, os direitos trabalhistas estão inseridos. Portanto, é dever constitucional, a garantia de tais direitos, tendo em vista a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. No entanto, foram evidenciadas contradições constitucionais, em que o Estado, ou seja, aquele que deveria preservar os direitos das pessoas e coletividades, fere o primado constitucional.

Para Barboza, “[...] o princípio do respeito à dignidade humana, fundamento da República, é basilar para toda e qualquer norma jurídica” (Barboza, 2000, p. 214).

No caso do assédio moral, embora a retórica tenha se difundido, pouco se avançou no debate organizacional e nas intervenções necessariamente estruturantes, sobretudo, em relação a dinâmica que o sustenta, isto é, no que tange às influências econômicas e tecnológicas nos modos de produção e exploração do trabalho, tampouco, no que se refere à bioética, restringindo-se ao discurso dualista, supostamente resultante do (des)encontro intersubjetivo (e moral) na dinâmica das relações de trabalho.

Quanto aos princípios jurídicos, ainda que ajudem a regular a ordem social e equilibrar algumas demandas coletivas, de forma isolada e repressiva, não promovem transformações sociais, cuja atribuição compete à reflexão ética. Essa sim é, inclusive, capaz de transformara as leis. E, para que a reflexão ética seja capaz de transformar, se faz necessária a participação da sociedade na construção de argumentos válidos para que as regras gerais ou as leis possam ser consideradas adequadas. Portanto, “na implantação de novos paradigmas, a presença de agentes morais livres e autônomos que tenham a condição de praticar o julgamento e participar dos processos sociais” é essencial (Paraízo, 2020).

Paraízo afirma, ainda, que as pessoas precisam mais do que ter direitos e que, a despeito da previsão protetiva do Estado ser primordial, é preciso que o conceito de justiça extrapole aquilo que está previsto nas teorias e disciplinas, para estar em conformidade

com a realidade na qual as pessoas experimentam injustiças. Acrescenta que pouco adiantam as leis e as normas se não forem capazes de serem aceitas como válidas por aqueles que são afetados por elas, pois, sem isto, elas (as normas) serão incapazes de transformar as injustiças. (Paraízo, 2020).

O Relatório Belmont (1978) ao definir o princípio de Justiça, molda, a partir de então, as produções científicas na área que chamamos hoje de Bioética. Anuncia que “uma injustiça ocorre quando um benefício ao qual uma pessoa tem direito é negado sem uma razão válida ou quando se impõe alguma responsabilidade indevidamente”. A injustiça é algo que as pessoas experimentam, portanto, precisam ter o direito de participar da solução coletivamente para se chegar a acordos sempre provisórios, sobre o que é melhor a fazer em cada situação. As regras, sempre gerais, não dão conta de conter as injustiças cotidianas sentidas diferentemente por tantos quantos se associam em um trabalho, em uma vila, em um estado ou país. A reflexão ética e o diálogo cotidiano são mandatórios.

Leclerc (2005) critica as resoluções meramente terapêuticas e jurídicas do assédio moral. Esclarece que problemas de natureza do trabalho são de competência das relações e deveriam ser tratados no âmbito coletivo, contestando-se as formas injustas de gestão e organização do trabalho. Reconhece, porém, “a importância de analisar as dinâmicas psicológicas e interpessoais em causa na problemática do assédio, e desejando ao mesmo tempo, que medidas legais sejam tomadas para condenar o inadmissível [...]”.

Bégin (2023) pondera que, embora as denúncias possam ter alguma relevância na correção de irregularidades, o efeito é coercitivo frente a desvios éticos, no entanto, deveriam servir de pauta para reflexão e de ações construtivas diante desconfortos e anomalias presentes em determinadas práticas.

Segundo Legault (2011) foi diante dos limites do direito em proteger pessoas vulneráveis é que surgiram os comitês de ética em pesquisa. Mais especificamente no Brasil, segundo Rego et al. (2009), a Bioética insurge logo após a redemocratização, onde, até então, determinadas pessoas e grupos eram privados dos direitos mais elementares, tendo como primeiro marco, a Resolução nº 1 de 1988 do Conselho Nacional de Saúde (CNS) ao tentar regulamentar as práticas de pesquisa envolvendo seres humanos.

Portanto, a lei pode facilitar a convivência, mas não transformar as pessoas em moralmente comprometidas. Em contrapartida, a bioética é capaz de oferecer modelos teóricos-metodológicos para solucionar conflitos morais. Ela nos desvela possibilidades de análise e compreensão das práticas assediadoras (antiéticas) no trabalho na medida em que algumas práticas são normalizadas socialmente, sem qualquer questionamento moral, a depender dos interesses envolvidos.

A moralidade não é prescritiva e nem segue padrões rígidos, pois, sua concepção é influenciada por valores e culturas, contexto histórico, o ambiente em que se opera e que as pessoas estão inseridas, portanto, nos “obriga a fugir de soluções simples, maniqueístas ou baseadas em princípios absolutos” (Rego *et al.*, 2009).

É a partir desta compreensão que o Biodireito aparece como um ramo conciliatório entre as normas jurídicas e a bioética, cuja preocupação está centrada na vida e nas relações sociais e atua como intermediador de conflitos emergentes e a lacuna jurídica para novos problemas de ordem social, fundamentado na ética (Rivabem, 2017).

Com o desenvolvimento do Estado Moderno, a perspectiva da proteção tornou-se uma exigência ética, na qual, pessoas vulneradas, isto é, em situação de vulnerabilidade efetiva, precisam de proteção específica e provimento de medidas de reparação para as necessidades moralmente legítimas (Rodrigues; Schramm, 2022).

A Ética Organizacional (EO) enquanto uma disciplina teórico-prática no campo da Ética Aplicada, indispensável quando nos preocupamos com as relações éticas no trabalho, permite pressupor, que resoluções meramente jurídicas para o assédio moral são insuficientes, na medida em que a violência está estruturalmente amparada por disputas políticas e econômicas, que mobilizam práticas sociais e organizacionais. A EO não se baseia em comportamentos, regras de conduta ou aplicação de sanções, mas, no exercício dos valores compartilhados entre as pessoas que compõem uma organização, na transformação das práticas e das relações, inclusive, nas tomadas de decisão.

Lozano (2003) assevera que:

[...] Ética Organizacional é o nome que damos para assumir a necessidade de as organizações criarem direção, propósito e significado. Elas não devem simplesmente se limitar a falar sobre sua cultura organizacional, mas, também, trabalhar ativamente na construção de suas identidades baseadas em valores. [...] No contexto do pluralismo moral, traço das sociedades modernas, isso significa que a referência ética não pode ser injetada externamente nas organizações ou imposta por decreto a partir dos níveis internos mais altos (Lozano, 2003, p. 48, 52 – tradução).

Legault (2023) salienta a importância do processo reflexivo, de forma transversal e autorregulada e destaca a metodologia educativa como um caminho para a eficácia na intervenção e transformação das práticas, a partir de tomadas de decisão responsáveis e pautadas no diálogo. Esta abordagem visa envolver as pessoas que atuam na organização e sensibilizá-las a refletir sobre os valores compartilhados e a propor ações e alternativas que visem mudar as práticas em contraposição a ética das obrigações e padrões de comportamento.

Nessas perspectivas, o que se propõe é a construção de estratégias de reflexão e intervenção a partir da identificação dos valores organizacionais, significados éticos e das relações, reconhecimento do outro em detrimento do fomento à retórica do assédio, sem proposições de superação que não sejam pela via da denúncia e da punição.

Logo, urge atenção a Lins *et al.* (2015):

Temos percebido que a emergência de questões de natureza ética no mundo do trabalho é constante. Constante, porém não nítida. A morte no trabalho é um evento, em si, antiético. Afronta-se a premissa moral de que o trabalho se expressa como processo de construção da própria humanidade. Grande parte

das reflexões que se propõem a tratar das relações entre ética e trabalho não se apropria dos aspectos morais e valorativos a elas pertinentes, bem como não existem, em geral, formulações que indiquem novas posturas, voltadas para a busca de soluções mediante a reflexão ética (Lins *et al.*, 2015, p. 294).

Em outros termos, para enfrentamento ao assédio moral é preciso alicerce em bases teóricas e práticas social e eticamente consensuadas, visando buscar entre as diferenças aquilo que é comum, de modo que seja possível a convivência; do pluralismo moral, em que uma sociedade reconhece o direito do outro e ser possível pensar diferente e conviver solidariamente; do universalismo moral, baseado no compromisso com princípios éticos universais de respeito, justiça, igualdade, liberdade, autonomia e dignidade humana.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo demonstrou que, apesar da alegação de que a Reforma Trabalhista traria resultados positivos, tais como geração de novos empregos, não há evidências científicas de que tais resultados foram alcançados. Contrariamente, evidenciou-se uma queda na propositura de demandas trabalhistas, dificultando o acesso ao judiciário, em especial em ações que versem sobre assédio moral e o dano extrapatrimonial dele decorrente ou seja, um viés moral e constitucional, que vai de encontro ao princípio da reparação e das crescentes preocupações políticas e organizacionais acerca do problema.

A pesquisa realizada no site do Tribunal Superior do Trabalho, através do setor de estatística, comprovou que desde o primeiro ano, após a reforma trabalhista, ou seja, 2018, o número de novas ações (n=115.352), por “Assédio Moral” segue em uma decrescente progressiva, chegando a 59.688 ações em 2023, último ano passível de verificação.

Na esfera recursal, ou seja, casos novos que chegaram ao TST, vários temas tornaram-se controvertidos com o advento da Reforma, especialmente quanto a aspectos de constitucionalidade, o que, inversamente proporcional, gerou aumento da demanda por posicionamento do tribunal, apontando um inconformismo com as decisões proferidas no 1º e 2º graus.

As disposições relacionadas ao tema dano extrapatrimonial, estão entre as maiores lesões perpetradas pela Reforma, ao passo que a redação dos artigos 223-A e seguintes da CLT abrem brechas para tratamento diferenciado entre vítimas de uma mesma lesão. Além disso, colocar como parâmetro o salário do trabalhador ainda fere o princípio da isonomia, na medida em que um trabalhador de alto salário pode receber uma indenização maior que um trabalhador que receba salário-mínimo. Desta forma, falhou o Estado com o respeito à aplicação da Ética, ao permitir, no ordenamento jurídico, a criação e manutenção de normas que afrontam a dignidade da pessoa humana.

Ainda que se reconheça a importância do ordenamento jurídico para se manter algum nível de organização social e de reparação ou garantia de direitos, a percepção dos seus limites precisa ser considerada. Em via de regra, a lei como forma de regular a ação

moral se baseia em cumprimento de normas e no caso do assédio moral, prevendo algum tipo de punição. As instâncias decisórias, por vezes desconhecem ou desconsideram a realidade a qual está sendo proposta ou julgada. As referências são sempre antecedentes e por vezes, conservadoras frente a conjuntura e o caso concreto. Logo, ao invés de soluções, muitas vezes, podem ser reproduzidas injustiças e contradições, maculando os princípios bioéticos.

Nessas perspectivas, a centralidade do tema “Assédio Moral” deve estar em sua prevenção e na promoção de ambientes e relações de trabalho mais saudáveis, tal como uma organização pautada por princípios éticos que levem em consideração a pluralidade e respeito à diversidade, assim como a convergência de valores morais comuns. Para tanto, defende-se aqui, os pressupostos da Bioética como uma abordagem coerente e capaz de solucionar os conflitos morais, em detrimento à judicialização do tema.

Um ambiente organizacional ético, requer um pacto moral de todas as pessoas inseridas na organização e é possível afirmar que a ética aplicada e neste caso, a Ética Organizacional é um recurso potencialmente transformador das relações de trabalho, frente ao fracasso das alternativas heterorregulatórias vigentes, as quais, têm se mostrado insuficientes para enfrentar os desafios éticos nas organizações.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, H. H. **Princípios da Bioética e do Biodireito**. Rev. Bioética, 8(2), 209-216, 2000.

BÉGIN, L. **COMPETÊNCIA ÉTICA: compreendê-la, valorizá-la**. In: Paraízo, C & Bégin, L (Orgs.), **NA ÉTICA ORGANIZACIONAL: porque e como?** (pp. 180), Ape'Ku Editora, 2023.

BRASIL. **Decreto-lei Nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988a**.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **RESOLUÇÃO Nº 001, de 1988b**.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista**. Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 27/08/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/08/2014.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 313, de 19 de março de 2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-313-5.pdf>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 314 de 20 de abril de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original071045202004285ea7d6f57c82e.pdf>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 322 de 01 de junho de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original155647202006025ed676bf4c0d5.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.766**, 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.050**, 2023a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5612680>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.069**, 2023b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5612680>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.082**, 2023c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5612680>.

BRASIL. Justiça do Trabalho. **Tribunal Superior do Trabalho**, 2024. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/estatistica>.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. Novo Curso De Direito Civil - **Responsabilidade Civil** (vol. 3), 22ª edição. Ed. Saraiva, 2019.

LEGAULT, G. A. L'éthique appliquée, la médiation et l'insuffisance du droit. In: Lalonde L. & Bernatchez S. **La place du droit dans la nouvelle gouvernance** étatique (pp. 19-75), Éditions de la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2011.

LEGAULT, G. ÉTICA ORGANIZACIONAL: sensibilização ou intervenção? In: PARAÍZO, C & BÉGIN, L. **NA ÉTICA ORGANIZACIONAL: porque e como?** (pp. 180), Ape'Ku Editora, 2023.

LECLERC, C. **Intervenir contre le harcèlement au travail : soigner et sévir ne suffisent pas**. PISTES, 3, 2005.

LINS, T.A., VASCONCELLOS, L. C. F; PALÁCIOS, Marisa. **Bioética e saúde do trabalhador: uma interface**. Revista Bioética, 23 (2), 293-303, 2015.

LOZANO, J. M. **An Approach to Organizational Ethics**. Ethical Perspectives, 10(3), 46-64, 2003.

PARAÍZO, C.B.S. **Ética organizacional e inclusão social** (pp. 108), vol. 1. Ape'Ku Editora, 2020.

PIRES, M. S.; DA SILVA, L. M. M. **O IMPACTO DA REFORMA TRABALHISTA NAS QUESTÕES QUE ENVOLVEM O ASSÉDIO MORAL NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO**. Argumenta Journal Law, (37), 275–304, 2022.

REGO, S., PALÁCIOS, M; SIQUEIRA-BATISTA, R. **Bioética para profissionais da saúde** (pp. 150). Editora Fiocruz, 2009.

RIVABEM, F. S. **Biodireito: uma disciplina autônoma?** Revista Bioética, 25(2), 282–289, 2017.

Rodrigues, C. A. B.; SCHRAMM, F. R. **Bioética de proteção: fundamentos e perspectiva**. Revista Bioética, 30(2), 355–365, 2022.

WASHINGTON. **The Belmont Report: Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research**. DHEW Publication No. (OS) 78-0012, 1978. Disponível em: https://videocast.nih.gov/pdf/ohrp_belmont_report.pdf.

JUSTIÇA TRIBUTÁRIA E A DESIGUALDADE NO BRASIL: SINAIS DE DESRESPEITO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Data de submissão: 11/02/2025

Data de aceite: 05/03/2025

**Manoel Cícero Squiapati Seragini
Gonzalez**

1 | INTRODUÇÃO

A capacidade contributiva, estabelecida no art. 145 §1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), determina que o pagamento dos tributos deve ser exigido pelo Estado de maneira graduada, a fim de construir um sistema no qual os indivíduos de maior capacidade econômica também sejam onerados com uma carga tributária maior em comparação as camadas economicamente desprivilegiadas.

Alógica esboçada por esse princípio tem como pano de fundo sua íntima conexão com o preceito da igualdade, de forma que o parâmetro econômico eleito pelo legislador em determinado tributo seja capaz de onerar todas as pessoas físicas ou jurídicas destinatárias, porém com encargos quantitativamente diferentes

para conservação da equidade entre os contribuintes.

Ademais, a construção de um sistema tributário efetivamente pautado na capacidade contributiva e progressividade, capaz de distribuir equitativamente o ônus tributário, caminha também para alcançar a denominada “justiça tributária”. Não por acaso, conforme será indicado em tópico próprio, a doutrina de forma recorrente correlaciona a justiça e a capacidade contributiva.

A partir disso, cria-se uma expectativa de que no Brasil o legislador cotidianamente busca edificar um sistema tributário progressivo e justo, rechaçando privilégios, vez que o país se mostra pródigo em conservar a desigualdade econômica entre os grupos populacionais - acompanhando um movimento global de agravamento na concentração de renda.

Enquanto de um lado observa-se uma constituição voltada a redução da desigualdade, na qual pela capacidade contributiva ricos deveriam possuir cargas

tributárias maiores, de outro, nota-se que a sociedade brasileira atualmente apresenta elevada concentração de renda.

2 | JUSTIÇA TRIBUTÁRIA

Mostra-se adequado a qualquer análise do ideal de justiça compreender primordialmente que não se pode aplicar um critério absoluto indistintamente em qualquer cenário para atingir o “justo”. Afinal, cada ramo do direito possui seu próprio parâmetro: no direito penal usualmente orienta-se pela culpabilidade, algumas áreas do direito civil se valem da autonomia da vontade, etc. (TIPKE, YAMASHITA, 2002).

A justiça fiscal como autônoma deve ser analisada com foco nos aspectos que envolvem a relação Estado arrecadador e indivíduo. Ainda que essa ênfase se dê nas normas e princípios ligados às interações entre Estado e indivíduo, é necessário não deixar de lado seus desdobramentos sociais, visto que toda forma de justiça figura originalmente às relações presentes na vida em sociedade (REALE, 2002).

Nesse contexto, a justiça tributária, recentemente estampada no art. 145, §3º, volta-se à resolução do problema de como repartir, ao mesmo tempo limitar o ônus da comunidade para financiamento do Estado, considerando as forças econômicas do indivíduo e dos grupos sociais. Inclusive a doutrina menciona essa área da justiça ressaltando a necessidade de observação de parâmetros isonômicos, construindo a relação entre população e administração pública (BALEEIRO, 1999).

José Maurício Conti estabelece a equidade como o grande baluarte da justiça fiscal, mencionando que “a justiça fiscal passa a ser aquela fundada na equidade; atingir-se-ia a justiça fiscal por meio da distribuição equitativa do ônus tributário entre os contribuintes” (CONTI, 1997).

Ademais, a justiça deve ser entendida como um guia para instituição de limites objetivando uma ação estatal sem excessos ou carências. Assim, exige da estrutura governamental um balanço dos ideais de equidade, certeza, simplicidade e neutralidade, os quais se manifestarão na legislação como princípio e subprincípios (CALIENDO, 2005).

Ressalta-se que a concretização da justiça perpassa por práticas complexas, as quais vinculam-se à duas ordens: sistemática e teleológica. A ordem sistemática encontra-se na relação entre as partes a fim de se tornar um todo (JOBIM, 2023).

Nessa ordem, o sistema constitucional tributário deve estar conectado com os valores da CF/88 e seus respectivos dispositivos. Com isso, é importante a ocorrência de uma coerência sistemática horizontal, em outras palavras, deve ser mantida a consistência entre as normas com hierarquias semelhantes dentro da estrutura legislativa. Por meio dessa harmonia recíproca, evita-se conflitos e contradições, permitindo a aplicação uniforme e justa das leis sobre todos os destinatários do determinado imperativo legal (JOBIM, 2023).

Um sistema horizontalmente desordenado é marcado por uma estrutura normativa contraditória e inconsistente, fontes de interpretações equivocadas. Logo, a aplicação da clareza e precisão na construção das leis evita a ocorrência de conflitos, proporciona uma interpretação mais coerente vinda dos Tribunais e uma aplicação mais crível pelos administradores do sistema tributário (JOBIM, 2023).

Entretanto, também deve ser observada a coerência sistemática vertical (teleológica), responsável pela mesma consistência, porém entre as normas de diferentes hierarquias na estrutura legislativa. Assim, em consonância com a horizontal, essa coerência proporciona equilíbrio nas normas, visto que garante uma congruência entre os preceitos constitucionais e os dispositivos desenvolvidos em nível infraconstitucional (JOBIM, 2023).

Nesse sentido, a justiça tributária deve dizer respeito a um encontro sintônico entre os objetivos públicos e privados, cuja ocorrência se dá no resguardo do sistema econômico - fonte de recursos para os indivíduos - em associação a proteção do bem-estar da população. Por isso, ao longo da história observa-se como teóricos buscam dividir os tributos entre justos e arbitrários, sempre afastando esses últimos.

Os denominados tributos arbitrários, ou cumulativos estão intimamente ligados à intenção, objeto e circunstâncias. Dessa forma, prejudicariam o contribuinte de forma a dificultar o aumento de seus rendimentos, focariam nas receitas passadas ao invés das presentes e não se voltariam ao deslocamento da riqueza. De maneira resumida a arbitrariedade seria identificada em tributos confiscatórios, retroativos e transgressores da capacidade contributiva (STEUART, 1767).

Em uma análise dos desdobramentos da “justiça”, especialmente na área tributária, é possível determinar que ela diz respeito ao ideal de igualdade no contexto social analisado. Por outro viés, a justiça pode ser encarada como um atributo, o qual é capaz de aferir o que é devido a depender das relações entre os sujeitos, ou seus bens (LIMA, 2022).

Nessa lógica, a igualdade apresenta-se como a forma mais fundamental de justiça fiscal, devendo ser objetivo primordial dos Estados democráticos. Na sua inobservância os governos não estariam mais voltados à democracia, mas sim à tirania (DWORKIN, 2001). Especificamente no contexto brasileiro, frente às bases constitucionais, observa-se um ordenamento jurídico, e toda estruturação governamental balizada em seu ideal pela igualdade.

A ausência da justiça dentro do sistema tributário afasta suas referências concretizadas nos conhecidos princípios, acarretando sua perversão. Ao mesmo tempo, impossibilita atuação correta dos aplicadores do direito, ao isolar as instituições voltadas à consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil. Como consequência natural, não ocorrerá a conciliação entre os propósitos da tributação e os intentos ligados à ordem econômica e social (JOBIM, 2023).

A busca pela justiça com esteio na igualdade poderia ocorrer pela mera qualificação do cidadão, em proporção aos serviços públicos ou em relação à riqueza do contribuinte.

Assim, com bases nessas referências é necessário analisar algumas formas de tributação, aparentemente “iguais” e justas a fim de identificar se de fato respeitam tal preceito aos olhos da Constituição Federal (TIPKE; YAMASHITA, 2002).

A diferenciação pelo fato de ser cidadão, abriria margem para fixação de uma carga “per capita”, a qual submete o rico à tributação exatamente como o trabalhador que recebe um salário-mínimo, inclusive desconsiderando o já mencionado “mínimo existencial”. Com isso, o mesmo ônus de um seria “igualmente” o do outro. Logo, uma análise rápida e pragmática deixa claro como sua aplicação não adere aos preceitos constitucionais vigentes; as classes menos economicamente favorecidas sequer conseguiriam viver dignamente, ao mesmo tempo a máquina administrativa não se sustentaria por falta de recursos dos mais ricos (TIPKE; YAMASHITA, 2002).

Valendo-se de cargas tributárias idênticas como critério, sob a ótica da denominada “equivalência”, com foco em uma justiça comutativa, a carga tributária possuiria correlação direta com a utilização dos serviços estatais. Assim, a quantia do imposto possuiria proporção de acordo com o preço do serviço utilizado pelo contribuinte. Esse princípio, distante da realidade de um Estado Social, por lógica, também oneraria demasiadamente as classes mais baixas, vez que usualmente são elas as principais usuárias dos préstimos governamentais. Portanto, o sistema tributário poderia estar pautado em regras universais injustas e discriminatórias (LIMA, 2022).

Talvez esse modelo pudesse ser aplicado para a tributação das pessoas jurídicas, porém o cálculo final do tributo seria de difícil definição. Tal dificuldade parte da mensuração imprecisa de quais os custos de cada indivíduo perante União, Estados e Municípios. Como exemplo, imagine a complexidade em se calcular o gasto individual referente à utilização do pavimento viários, ou no desgaste em semáforos (TIPKE; YAMASHITA, 2002).

2.1 Justificativas para tributação na busca pela justiça

Em diálogo com as noções apresentadas, historicamente identifica-se uma busca incessante pelo melhor critério a ser aplicado como baluarte do sistema tributário e de uma tributação justa na busca pela igualdade. Nesse processo surgiram algumas teorias de certa expressividade.

2.1.1 Teoria do Sacrifício

Como mencionado, a lógica constitucional parece caminhar em direção ao sacrifício do cidadão construído sobre a capacidade contributiva como critério, indicando o potencial de cada indivíduo em suportar o ônus tributário (CONTI, 1996).

Nesse cenário, surge a teoria do sacrifício, na qual a renúncia pecuniária em prol do Estado representa uma privação menor em um contexto financeiro marcado por

gastos supérfluos e luxuosos, quando comparado à um cenário onde o indivíduo tem a integralidade dos gastos voltados à subsistência (SELINGMAN, 1909).

Dessa forma, essa teoria tem como ponto de partida a concepção de que a utilidade marginal da renda é decrescente, ou seja, o “valor” e a importância de cada unidade monetária diminui quanto mais unidades o indivíduo detém. Logo, quanto maior o capital, menor a utilidade marginal (SCHOUERI, 2017).

Com isso, a progressividade imediatamente estaria fundamentada na proporção que um montante maior de capital poderia ser retirado do indivíduo com um volume grande de unidades monetárias em comparação às classes economicamente desprivilegiadas. De acordo com esse pensamento, afasta-se a lógica pautada sobre o retorno gerado pela tributação na manutenção do Estado, e aproxima-se de um pressuposto no qual o tributo é um dano necessário ao patrimônio do contribuinte (BLUM, 1952).

Dentro desse viés é possível verificar também três formas de se construir o sistema tributário visando: i) o mínimo sacrifício; ii) o sacrifício absolutamente igual e iii) igualdade proporcional dos sacrifícios.

A primeira parte do pressuposto utilitarista de que o Estado deveria agir de forma a promover a satisfação máxima à sociedade, desonerando-a o máximo possível. Logo, a partir da ideia de que a utilidade marginal do dinheiro ao mais rico é menor, percebe-se que tributá-lo de maneira mais intensa implica também garantir que a sociedade como um todo não seja tão sacrificada. Afinal, tributar de igual forma a todos poderia criar um sacrifício exacerbado em determinada classe social (EDWORTH, 1925).

Ressalta-se que a teoria do sacrifício mínimo não possui como norte o ideal de igualdade, mas sim a minimização das distorções oriundas da tributação. Ainda assim, apresenta uma marca forte da distributividade, pois reconhece que o ônus tributário é um sacrifício menor ao detentor de capital em relação ao indivíduo desprovido de riquezas. Dessa forma, a progressividade se justificaria na curva decrescente da utilidade do dinheiro, acarretando um nivelamento das riquezas após a tributação (CONTI, 1996).

Entretanto, não existe uma aplicação cega dessa lógica. A utilidade marginal da moeda é diretamente ligada ao montante destinado ao pagamento do imposto dentro de uma proporcionalidade patrimonial. Em outras palavras, a curva de utilidade demonstra o préstimo de cada unidade em uma certa realidade - o valor da moeda a partir de certo ponto é diferente para um indivíduo que ganha R\$ 1.500,00 em comparação ao que ganha R\$ 15.000,00 (SCHOUERI, 2017).

Levar o raciocínio retromencionado de forma inflexiva geraria uma tributação que recai sobre os pobres somente a partir do ponto financeiro que os ricos ficassem tão pobres quanto eles. Nessa hipótese, a tributação não seria progressiva, mas sim seria estabelecida uma faixa de isenção, a qual funcionaria como uma ferramenta focada na busca de um nivelamento absoluto da renda. Por meio dela, se verificaria uma progressividade extrema concretizada em duas faixas para incidência do tributo, cuja incidência ocorreria com

uma alíquota máxima, próxima à totalidade, e outra de zero - dentro da faixa de isenção (SIMONS, 1938).

Logo, levar à cabo o sacrifício mínimo daria origem a uma tributação confiscatória, e danosa à iniciativa privada, pois não levaria em consideração os aspectos mercadológicos visando o igualitarismo. Daí a inviabilidade de instituição de sistema pautado nessa teoria, a qual mina por completo a manutenção da economia (EINAUDI, 1959).

No tocante ao viés do sacrifício absolutamente igual, ou seja, de que todos devem perder a mesma quantidade de unidades monetárias pela tributação, identifica-se como um dos maiores expoentes John Stuart Mill. Segundo o autor, para compreender a tributação ideal seria necessário converter unidades monetárias em unidades de utilidade/satisfação. Tal processo ocorreria em uma taxa decrescente conforme se eleva o capital; a partir daí os contribuintes, em sua totalidade, seriam onerados igualmente em unidades de utilidade/satisfação, mesmo que correspondesse à unidades monetárias distintas (MILL, 2004).

Fica claro como essa abordagem teórica apenas teria um desdobramento na progressividade, caso a utilidade marginal indicasse em algum momento de forma contundente a ocorrência de satisfação por parte do contribuinte. Partindo desse ponto Mill não vê o sacrifício absolutamente igual como uma justificativa necessária à progressividade, ainda que reconheça a importância desta na cobrança de tributos (MILL, 2004).

A igualdade proporcional de sacrifícios, diferentemente das demais, possuiria mais verossimilhança com a lógica constitucional. Se a utilidade marginal é reduzida pelo aumento da quantidade de unidade monetária, é consistente a ideia de que a tributação deve gerar uma expropriação simétrica a essa perda. Assim, os indivíduos devem abrir mão uma mesma porcentagem de suas unidades de satisfação desassociada do montante de dinheiro que isso signifique (SELIGMAN, 1909).

Também é possível identificar a tentativa de neutralidade, exatamente pelo sacrifício igual de todos, ao menos no tocante à satisfação. Dessa forma, todos seriam piorados na relação pré e pós tributação (BLUM, 1951).

Conseguir conectar a teoria do sacrifício proporcional à progressividade perpassa primeiro pela construção de três premissas: a) convergência entre unidade monetária e as de satisfação; b) correlação inversamente proporcional entre o crescimento da riqueza e a utilidade marginal; e c) similitude entre curva de utilidade marginal entre todos os indivíduos (BLUM, 1951).

Muito embora pareça lógico, a ausência desses requisitos inviabilizaria a própria identificação do sacrifício de cada um via tributação. Em associação, acrescenta-se o fato de que não constitui algo fácil comparar o valor da moeda entre sujeitos acima do nível de subsistência. Afinal, a identificação precisa da utilidade do dinheiro e sua curva de decréscimo passa pela valoração de algo versátil e fungível em um contexto econômico social no qual as possibilidades de gasto são incontáveis.

Ademais, a construção da curva de utilidade passa também por uma valoração do esforço depreendido para aquisição de cada unidade monetária, ou seja, do quanto cada um se empenha para obtenção de renda em relação a sua satisfação - algo também muito particular dado que duas pessoas que recebem o mesmo tanto podem ter visões diferentes nessa relação trabalho *versus* satisfação (LAVEZ, 2017).

Neste ponto fica evidente o “calcanhar de Aquiles” dessa teoria, qual seja a carga de subjetivismo ligada à elaboração da curva de utilidade marginal. A aplicação teórica sempre envolverá um confronto entre felicidade e patrimônio, pois necessariamente terá que converter unidades monetárias (concretas e objetivas) em unidades de satisfação (subjetivas e abstratas) (BLUM, 1951).

De igual forma, outra crítica pode surgir da dificuldade em se definir o que seriam sacrifícios equivalentes, vez que a própria expressão (sacrifício) é inapropriada em um contexto social cuja bases vem do Estado a ser financiado. Assim, o próprio termo que nomeia a teoria traz consigo uma carga pesara questionável, na medida em que a tributação será convertida no combustível da máquina estatal, a qual promoverá o bem-estar social (SCHOUERI, 2017).

2.1.2 Teoria da Compensação

Outra lógica a ser empregada para de definição de um critério para busca da justiça fiscal baseia-se na ideia de que a progressividade deveria compensar a regressividade do sistema. Assim os tributos progressivos operariam como uma compensação pela carga tributária regressiva presente em algumas áreas. Essa fundamentação, a qual está conectada à bases liberais, afasta a ideia da progressividade como meio de redistribuição de riquezas para defini-la como uma ferramenta a serviço da diminuição dos impactos fiscais no mercado. (LAVEZ, 2017).

O raciocínio por detrás dessa visão parte da constatação fática de que no Brasil, por exemplo a tributação sobre o consumo é regressiva, ou seja, onera demasiadamente os sujeitos de baixa renda em comparação aos indivíduos mais ricos.

Para os adeptos dessa teoria a progressividade só deveria ser admitida dentro do sistema para resguardar uma tributação média absolutamente neutra. Assim, seria o contraponto necessário frente à regressividade - reconhecidamente como prejudicial à economia e a manifestação de uma tributação justa (SELIGMAN, 1909).

De qualquer forma, teoria abordada neste tópico carece de aplicabilidade. Não soa pertinente construir um sistema de financiamento estatal sobre um princípio geral que se constitui meramente como uma contramedida à regressividade gerada pela lei. Isso seria o mesmo que reconhecer e permitir à ocorrência de uma desigualdade, dada a existência uma medida sistêmica que a mitigue. Especialmente, quando tal princípio, neste caso

a progressividade, pode ser aplicado ostensivamente no sistema tributário (SELIGMAN, 1909).

2.1.3 Teoria do benefício

A concepção de que o contribuinte participa e aproveita das vantagens gerais e particulares proporcionadas Estado é elemento central da teoria da equivalência. Dessa forma, a gestão estatal é colocada como responsável pelo aumento da riqueza do cidadão, por meio da redução de custos atingida pela organização dos serviços públicos em uma lógica semelhante a das taxas (COSTA, 2012).

A partir daí, constitui-se o raciocínio sobre o qual a graduação dos impostos é fixada pelo enriquecimento promovido pelo Estado em uma espécie de parceria. Em tal relação o sujeito nada mais faz do que devolver à administração pública uma parte dos resultados em vista dos serviços e prestações estatais (SELIGMAN, 1909).

Nesse contexto, em um viés é possível enxergar uma proporcionalidade, correlacionada a uma busca pela igualdade. Afinal, quanto maior seu patrimônio maior o esforço estatal destinado à sua proteção social. Esse raciocínio fica bem claro na comparação feita por Seligman:

[...] a teoria do seguro leva à proporção. As seguradoras, diz ele, fixam os prêmios não apenas pela proporção em relação à quantidade de propriedade segurada, mas de acordo com os riscos; propriedades de mesmo valor iguais muitas vezes podem pagar diferentes taxas de seguro. Agora 100.000 francos de propriedade que pertencem a um homem possuiriam (se não houvesse proteção) uma chance muito maior de serem pilhados do que a mesma quantia pertencente a vários indivíduos. O prêmio do seguro teria de ser composto por todos os prêmios infinitamente pequenos para segurar cada elemento particular da grande propriedade; pois corre-se o risco de perder não só toda a propriedade, mas todos os valores inferiores à totalidade (SELIGMAN, 1909).

Dentro do viés liberal, dada a perspectiva mercadológica da relação Estado-contribuinte, inicialmente esse modelo é justo, por se preocupar com o pagamento na medida do proveito estatal, bem como eficiente, frente ao estímulo pela utilização mínima dos recursos públicos. Logo a carga tributária deve ser medida em um viés comercial, de modo que seu ônus represente as vantagens obtidas pelo indivíduo (VELLOSO, 2010).

Entretanto, é necessário reconhecer que essa mensuração possui barreiras naturais a sua aplicação fática. Tal dificuldade tem origem marcante na identificação do *quantum* cada um recebe de proveitos pela atividade estatal. Aqui, a impossibilidade de valoração também implica em determinar a proporcionalidade imprescindível que resguarda o cidadão da instituição de um sistema tributário regressivo (VELLOSO, 2010).

Nesse ponto, importante lembrar que as necessidades públicas podem ser divisíveis (como transporte), parcialmente divisíveis (educação proporciona retorno individual, mas também coletivo com o aumento da escolaridade), ou não divisíveis (serviços

coletivos de difícil individualização como iluminação pública). Essa última não é passível de mensuração sob o ponto de vista do proveito individual obtido. Daí o motivo pelo qual a teoria da compensação conecta-se de forma mais evidente com as contribuições de melhoria, que está sujeita à divisão particular do serviço coletivo, ao mesmo tempo em que não se mostra o melhor caminho para gradação dos tributos.

Em um enfoque na progressividade, a teoria apenas estaria respaldada caso existisse uma relação absoluta entre o acréscimo da renda do contribuinte e o aumento do benefício proporcionado pelo Estado. Assim, seria necessário provar não só que o crescimento de um leva ao do outro, mas também que o retorno dos dispêndios estatais se desenvolve mais rapidamente que o gasto propriamente dito, ou seja, que o investimento do dinheiro produz uma utilidade maior que o seu custo (BLUM, 1952). Todavia essas mensurações, como já citado, são impraticáveis, no mínimo inexatas.

A ausência de exatidão na quantificação não afasta a teoria segundo Kornhauser (1987), pois desde que o proveito seja identificável, e não necessariamente quantificável, o benefício é aplicável como fundamento à tributação. Ao mesmo tempo, pelo fato de o sistema econômico ser pautado na propriedade privada, o Estado é fulcral no enriquecimento, visto que ordinariamente ele garante a inocorrência de violações no patrimônio do sujeito. Logo, nesse raciocínio, o benefício é sim apto a figurar com fundamento do sistema tributário.

Com isso, a propriedade privada na base das relações econômicas geraria um gravame tão grande aos cofres públicos pela proteção do capital, que nem políticas assistenciais e de transferência seriam capazes de depauperar a lógica de que os ricos se beneficiam mais da figura estatal do que os pobres. Ainda, ressalta que tal assertiva não diz respeito à um juízo de valor das bases socioeconômicas, mas sim uma constatação de que inevitavelmente o aparato governamental favorece mais uns do que outros.

Um dos grandes problemas dessa abordagem é a crença em um gasto maior voltado à proteção dos ricos, em comparação à proteção dos pobres. Ainda mais, considerar cegamente que quanto maior e mais concentrado o patrimônio, maior o gasto estatal. Dessa forma, a problemática surge quando encaramos a realidade na qual por vezes os ricos utilizam proteção privada da propriedade, bem como os demais serviços inicialmente públicos, como educação e saúde (SELINGMAN, 1909).

Nesse diapasão, os argumentos apresentados de Kornhauser poderiam levar a dois distúrbios. Se em um sistema pautado na propriedade privada a proteção e os proveitos do Estado são inevitáveis, não existem subsídios para uma taxa de isenção visando o mínimo existencial, na medida que, forma ou outra, as benesses serão aproveitadas por um indivíduo com muito ou pouco capital. Também surgiriam fundamentos para uma tributação regressiva, visto que em uma ótica, o Estado tem elevados gastos com ações promovedoras de saúde, cultura e outros redistributivos voltados às populações mais carentes, em comparação com custos de serviços voltados ao aumento da riqueza do

contribuinte. Logo, os sujeitos com menor capital possuiriam um ônus maior frente ao seu custo para o governo (BLUM, 1952).

Objetivando adequar a teoria aos problemas apontados, a autora buscou focar ainda mais seus esforços para demonstrar que o benefício não se conecta diretamente com o custo do serviço disponibilizado, mas sim com o retorno obtido. Em outras palavras, mesmo que o montante aplicado em segurança fosse distribuído proporcionalmente, os detentores de maior capital beneficiariam mais, pois a ausência desta implicaria em prejuízo muito maior a eles.

No tocante aos serviços pessoais como educação, embora os mais abastados possam pagar por instituições privadas, inevitavelmente somam benefícios pelos gastos públicos. Isso se dá pois se valem da elevação do nível de escolaridade a qual se desdobra em mais segurança, estabilização social e democrática, mão de obra qualificada que acarreta maior produtividade e rentabilidade nos negócios. Logo não haveria que se falar em possível ocorrência de progressividade (KORNAUSER, 1987).

De qualquer forma, acreditar nessa linha teórica também parece inadequado, visto que diminui ou elimina o caráter redistributivo dos tributos. Com isso, considerar que a ônus tributário deve ser construído de modo a compensar o retorno dos serviços estatais afasta a redução das desigualdades ou redistribuição de renda tão marcante no sistema tributário brasileiro no prisma constitucional (CONTI, 1996).

2.1.4 Tributação com base na capacidade contributiva

Na forma da tributação com base na riqueza do contribuinte, e de acordo com a capacidade contributiva, concretizar-se-ia uma justiça distributiva, ou seja, direitos e deveres são repartidos a partir de certas referências (renda/patrimônio). Assim, em respeito ao arcabouço constitucional, e pela sua íntima conexão com a igualdade, a forma mais apropriada de orientar o sistema tributário nacional é exatamente esta, na proporção que adequa as especificidades de cada cidadão contribuinte, gerando uma relação positiva entre o ônus e os bônus recebidos. Também promovendo uma lógica muito próxima ao sentido aristotélico da igualdade (TIPKE; YAMASHITA, 2002).

Nesse último cenário importante mencionar o papel da progressividade, a qual fixaria a diferenciação capaz de satisfazer a vontade constitucional, qual seja, indivíduos mais ricos pagam mais. Concomitante, ao criar um ônus maior aos mais abastados para financiamento do Estado e suas ações, evitaria a concentração de renda (LIMA, 2022).

Figura algo de grande expressividade a quantidade de autores que colocam a capacidade contributiva como manifestação clara da justiça tributária. Tal fato reforça a necessidade de observação desse princípio para manifestação da tributação justa aos olhos da Constituição Federal¹.

¹ José Maurício Conti (1996): No entanto, reconheceu o constituinte que os impostos com caráter pessoal tendem a atingir melhor justiça fiscal, e melhor: se adequam o princípio da capacidade contributiva, motivo pelo qual devem ser

Os contornos proporcionados pela capacidade contributiva, tanto subjetiva quanto objetiva graduam a tributação proporcionando a distribuição equânime do ônus tributário. Dessa forma, tal princípio permite o desenvolvimento de uma igualdade proporcional ainda considerando determinadas especificidades (GIARDINA, 1961).

Outrossim, a justiça fiscal pode ser explorada tendo como referência três perspectivas distintas que se relacionam. Dessa forma, observa-se a manifestação do justo pela (KAUFMANN, 2014):

- i) igualdade (justiça em sentido estrito), desenhando os contornos e limitações dos comportamentos, concomitante afastando razões que beneficiem um grupo em detrimento do outro;
- ii) adequação (realização do bem comum) pela delimitação das hipóteses em que a autonomia do indivíduo pode ser restringida;
- iii) segurança jurídica, promovendo contenção de arbitrariedade.

Nota-se de imediato paralelismo entre a compreensão de justiça e a capacidade contributiva. Este princípio auxilia o Estado a criar um sistema onde as especificidades econômicas refletem na carga tributária (igualdade), indicando as diretrizes as quais permitem um ônus maior voltado a determinados indivíduos (adequação), ao mesmo tempo em que promove maior previsibilidade aos contribuintes (segurança jurídica).

Interessante observar como alguns autores inclusive desenvolvem o conceito de justiça tributária pautando-se exatamente na capacidade contributiva. Assim, Pont Mestres (1974) coloca a tributação justa como aquela que se dá pela participação de todos os cidadãos, na proporção de sua capacidade econômica ou contributiva, a partir daí, por força do imperativo constitucional todos os tributos deveriam estar sujeitos ao princípio da justiça.

A conexão íntima entre a capacidade contributiva e outros predicados constitucionais também suscitado ao longo deste capítulo reforça e muito a ocorrência da justiça tributária. Afinal, embora reconhecidamente essencial, a manifestação da progressividade não é por si só suficiente para ocorrência de uma tributação justa (JOBIM, 2023).

preferidos em relação aos impostos de natureza real;

Kyoshi Harada (1991): Hoje, arraigou-se na consciência de todos os povos civilizados que a noção de justiça tributária confunde-se com a própria adequação do imposto ao princípio da capacidade contributiva, que visa repartir os encargos do Estado na exata proporção das possibilidades de cada um.

Regina Helena Costa (2012): O afumado fez ressaltar o sentido ético do princípio, revelando-o, mesmo, como o critério ético da imposição tributária, posto que responde aos reclamos da justiça tributária, voltada à minimização das disparidades sociais e econômicas Luciano Amaro: Mas os impostos reais (que consideram, objetivamente, a situação material, sem levar em conta as condições do indivíduo que se liga a essa situação) também devem ser informados pelo princípio da capacidade contributiva, que é postulado universal de justiça fiscal.

Aliomar Baleeiro (2010): Considerando a Constituição Federal, facilmente tiramos a conclusão de que está o legislador proibido de distinguir entre iguais e que iguais são aqueles contribuintes de mesma capacidade econômica (art. 145, parágrafo único), sendo irrelevantes a raça, a cor, a origem, o sexo, o lugar onde atuam e quaisquer outras diferenças preconceituosas, inclusive a ocupação profissional ou a função exercida (art. 3º, rv, art. 5º, I, art. 150, II, e art. 151, I). A capacidade contributiva é, de fato, a espinha dorsal da justiça tributária. É o critério de comparação que inspira, em substância, o princípio da igualdade

Igualmente, a legalidade tributária contribui para ocorrência de um sistema justo, na medida em que a certeza proporcionada pela legislação representa uma das camadas da justiça; ou seja, a certeza jurídica é ferramenta a serviço da própria definição de justiça tributária. Consequentemente, se diz que um sistema muito complexo, o qual não pode ser percebido pelo contribuinte também se constitui como injusto (ÁVILA, 2011).

Como um critério voltado à busca da justiça tributária precisam ser observados dois requisitos, quais sejam o ideal parcial de equidade e de certeza jurídica. Isso se dá, pelo fato de que o empenho para determinação da riqueza do sujeito pode levar à complexidade do sistema. Nesse cenário, a falta de cuidado esboçada em um emaranhado legal, o qual acarrete difícil compreensão para o cidadão e aplicadores do direito, sequer permitiria a ocorrência da igualdade de tratamento, vez que a necessidade de atender preceitos e requisitos normativo complexos afasta a aplicação isonômica das leis (JOBIM, 2023).

Por meio de uma tributação justa, o ônus tributário é distribuído entre os cidadãos, de forma equânime observando as especificidades inerentes à cada contribuinte. Logo, os sistemas modernos apoiam-se na capacidade contributiva como critério de justiça para sua edificação.

Pelo demonstrado, parece não só adequado, mas também necessário ao nosso modelo político a utilização da capacidade contributiva como critério, em associação à progressividade. Não por acaso, esse princípio pode ser identificado em inúmeras Constituições², sendo difundida por vários países democráticos, além de que seus críticos não conseguem apontar em seus estudos um preceito melhor para figurar como esteio do sistema tributário. Assim, autores como Klaus Tipke e Douglas Yamashita (2002) ao tratarem dessa diretriz buscaram atribuir-lhe a contundência adequada: “A realização do princípio da capacidade contributiva é um progresso perante uma tributação arbitrária, sem princípios, perante uma tributação segundo o oportunismo político, perante um pragmatismo ou fiscalismo ilimitado”.

Nada mais natural então que a legislação tributária brasileira reflita esse ideal. Assim, o sistema careceria de dignidade ética se sua atuação e construção ocorresse de qualquer maneira. Afinal, leis fiscais sem conexão com justiça com não gerariam um Direito Tributário - no máximo se aproximariam de um tumulto tributário (TIPKE; YAMASHITA, 2002).

A capacidade contributiva como baluarte maior da justiça tributária leva a conclusão de que eventuais disputas e abusos legais, nas quais a legislação é capturada como artifício para instituição de privilégios injustificados, nada mais é do que traço nocivo à harmonia

2 Constituição da República Italiana, art. 53: Todos têm a obrigação de contribuir para as despesas públicas na medida de sua capacidade contributiva. O sistema tributário é inspirado nos critérios de progressividade.

Constituição Espanhola, art. 31: Todos contribuirão para o sustento dos gastos públicos de acordo com a sua capacidade econômica mediante um sistema tributário justo inspirado nos princípios de igualdade e progressividade que, em nenhum caso, terá carácter confiscatório.

Ainda mencionam “igualdade”, “proporcionalidade” ou “progressividade”; Portugal (1976, art, 103); Bulgária (1991, art, 60); e México (1917, art, 31, IV).

sistêmica (TEIXEIRA, 2023). Dessa forma, a instituição de benesses voltadas às elites econômicas para redução de cargas tributárias efetivas, em um processo no qual esfera pública e privada interagem na apropriação do poder político, constitui-se uma toxina aos predicados constitucionais (IANONI, 2017).

Nesse sentido, na hipótese de os incentivos fiscais gerarem vantagens sem contrapartidas, ou com retornos aparentes, estará concretizada uma injustiça, visto que diz respeito à clara violação ao princípio da justiça tributária. Tal cenário marca uma inversão de resultados, pois aqueles que deveriam proporcionar maior arrecadação/receitas aos Estado em verdade originam gastos sem qualquer provento proporcionado à sociedade (SCHOUERI, 2005).

Exatamente por tal motivo Schoueri (2005) evidencia a necessidade de proceder com intensa verificação dos incentivos fiscais desoneratórios, a fim de definir se realmente possuem como pano de fundo uma contrapartida social ou tão somente concretizam-se privilégios vazios sem justificativas compatíveis com os princípios constitucionais.

A Constituição Federal traz grandes referências para determinação das dimensões ligadas à justiça tributária, constituídas dentro dos fatos, valores, postulados normativos e princípios. Assim, a justiça estabelecida indica como o direito deve comportar-se expressando valores morais, por meio dos quais o financiamento estatal ocorra pela distribuição equitativa, sendo proporcional ao cidadão (JOBIM, 2023).

2.2 Capacidade contributiva, progressividade e seu papel redistributivo

A Constituição Federal, em seu art. 3º fixa como um dos objetivos primordiais da República Federativa do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Também reforça esse dever no art. 170, VII ao dispor sobre a justiça social e a redução das desigualdades como referências à ordem econômica.

Nesse cenário, é possível verificar não só o reconhecimento constitucional acerca das desigualdades, mas também a identificação de que o Estado deve mobilizar-se à nível econômico para sua redução. A partir daí surge o direito tributário, por meio da progressividade, como instrumento de política social voltada a diminuição das discrepâncias econômicas entre grupos, indivíduos e regiões (BALEEIRO, 1999). Então nesse momento, a tributação assume um papel que supera seu dever de garantir o financiamento da máquina estatal, ou seja, ocorre uma transposição da função fiscal do tributo. Não por acaso, é denominado pela doutrina como “extrafiscalidade”.

A fiscalidade diz respeito ao uso de instrumentos tributários, por parte da administração pública, visando resultados financeiros, ou seja, a arrecadação. Em alternativa, a extrafiscalidade caracteriza-se pela consecução de objetivos ou interesses diversos da obtenção de recursos públicos (BECKER, 2002). Roque Antonio Carraza, (2002) ainda complementa: “extrafiscalidade é o emprego dos meios tributários para fins não

fiscais, mas ordinatórios (isto é, para disciplinar comportamentos de virtuais administrados, induzindo-os a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa)”.

Nesse sentido, Celso de Barros Correia Neto (2012):

A expressão “extrafiscalidade” designa situação atípica de exercício de competência tributária: a existência de elementos a mais que justificam o tratamento particularizado de certas situações ou normas tributárias. O termo sugere situação que foge ao padrão ordinário da tributação, a chamada “fiscalidade”, e dessa forma, alarga a fronteira da disciplina jurídica da tributação para acrescer elementos *prima facie* estranhos, por estarem além do interesse arrecadatário.

No mais, a literalidade da Lei maior expressa nos artigos 3º e 170, VII, sinaliza a própria constatação da CF/88 de que a distribuição do capital, quando espontânea, não ocorre de forma justa. Assim, o Estado Social estabelecido pela Constituição compele a criação de leis socializantes, que se desdobra na aplicação da progressividade a fim de garantir a função extrafiscal redistributiva pela tributação das riquezas (BALEEIRO, 1999).

Dessa forma, a redistribuição inevitavelmente refere-se à ideia de justiça distributiva, na medida que existe uma correlação natural entre uma distribuição de bens correta e a identificação de uma sociedade justa, ao mesmo tempo uma sociedade injusta estaria marcada por uma distribuição desigual de recursos (CALIENDO, 2018).

Com isso, nota-se como a ocorrência de ações redistributivas também é atributo a ser observado para manifestação da justiça. Para autores como Ricardo Lobo Torres a distribuição de renda e a proteção do mínimo existencial são inclusive fórmulas a serviço da tributação justa. Logo, a utilização da capacidade contributiva visando a redução da concentração de capital, associada a provisão adequada dos direitos sociais por parte do Estado compõem aspectos importantes ao sistema tributário (TORRES, 1995).

Portanto, a vinculação entre a redistributividade, a qual se dá pela capacidade contributiva, e a justiça, apenas reforça ainda mais como a aplicação desse predicado está intimamente ligado à tributação justa.

Nesse sentido, o conceito de redistribuição contém quatro elementos: i) sujeitos; ii) bens protegidos; iii) linha de base e iv) mecanismo social. A partir disso, os sujeitos dizem respeito ao critério subjetivo da redistribuição, ou seja, os indivíduos ou grupos beneficiados. Os bens protegidos configuram-se os elementos objetivos, que corresponderão aos direitos, bens, interesses ou situações valoradas como protegidas, assim como sua hierarquização axiológica (CALIENDO, 2018).

A linha de base - critério formal - diz respeito à base comparativa para construção dos critérios de distribuição, por meio dos quais será possível determinar se a redistribuição está ocorrendo de forma justa. Por fim, os mecanismos sociais caracterizam-se pelas instituições que congregam os demais elementos a fim de efetivar a política redistributiva.

Dentro desse escopo pragmático é possível verificar a aptidão do sistema tributário, devidamente edificado sobre a capacidade contributiva, em operar como um mecanismo

social de finalidade redistributiva. Afinal, a norma tributária é passível de deter em seus dispositivos os critérios subjetivos, objetivos e formais mencionados: indivíduos das classes mais baixas, patrimônio/mínimo existência, e a riqueza respectivamente. O único detalhe é que o sujeito se beneficia de forma indireta, vez que a norma explicitamente onera o detentor de maior renda/capital a fim de resguardar o patrimônio do indivíduo de menor.

Dentro da atuação estatal em associação aos mandamentos constitucionais é autêntico ao sistema tributário uma atuação voltada a redistribuição, balizada sempre pela capacidade econômica ligada ao contribuinte.

Ademais, ressalta-se a diferenciação feita por juristas e economistas no tocante a função redistributiva e de “taxas” dos tributos. Os distributivos também são subdivididos entre aqueles com função extrafiscal e os “pigouianos”. Esses últimos, com origem em uma homenagem feita ao economista Arthur Pigou, possuem natureza compensatória, cujo objetivo é figurar como uma espécie de compensação pelo dano provocado ao ambiente (tributos vinculados à emissão de carbono ou extração de recursos naturais, por exemplo) (CALIENDO, 2018).

Ainda surgem alguns apontamentos sobre a utilização da tributação como políticas de redistribuição. Por exemplo, temos Nozick (1974) defendendo equivocadamente que o repasse de alguns contribuintes a outros constitui uma violação dos direitos de propriedade. Thomas Nagel e Liam Murphy (2021), também discorrem sobre um confisco nas ocasiões nas quais o Estado força a redistribuição, porém, ao mesmo tempo levantam uma redistribuição válida quando ocorrida sobre parte dos rendimentos auferidos pelos contribuintes. Entretanto, essa diferenciação deve ser analisada sob as decisões e postulados éticos os quais permeiam o sistema analisado, bem como as visões sistemáticas acerca das funções dos tributos, como distribuição de renda e transferência de recursos entre as camadas da sociedade.

Para melhor compreensão dos efeitos redistributivos dos tributos também é necessário diferenciar as rendas brutas, as quais dizem respeito ao fluxo de riqueza antes da incidência do ônus tributário e as rendas líquidas, ligadas aos fluxos após a tributação. Com isso, constitui-se importante averiguar os ciclos econômicos do contribuinte, em associação aos diversos encargos tributários envolvidos nesse processo.

Um grande expoente da tributação progressiva como ferramenta a serviço da redistribuição foi Keynes, o qual defendia que os lucros de alguns ciclos econômicos deveriam ser reduzidos, inclusive via tributação, objetivando a diminuição dos desequilíbrios macroeconômicos.

Na mesma direção Piketty (2014) colocou a progressividade como um remédio democrático ao acúmulo de capital. Por vezes o autor coloca os tributos como elementos centrais de combate à formação de grandes fortunas, reduzindo a concentração de riquezas bem como proporcionando a distribuição de recursos pelo Estado.

Ademais, dentro da argumentação desenvolvida, os efeitos redistributivos do sistema tributário possuem três parâmetros de análise: tributação média, progressividade e reclassificação, esta última relacionada aos impactos do ônus tributário naquilo alheio às remunerações. Dessa forma, a compreensão do impacto dos tributos na distribuição de renda passa pelos pela averiguação de tais parâmetros (LEIGH, 2008).

Uma tributação redistributiva vai potencialmente afetar a desigualdade de duas formas distintas: i) gerando uma perda maior para os indivíduos com maiores lucros, em um denominado “efeito mecânico” sobre as diferenças de renda; ii) criando uma resposta social comportamental às ofertas de trabalho (LEIGH, 2008).

Neste ponto já é possível identificar sinais contundentes de como progressividade, logo a capacidade contributiva em muito contribuem para a redução de desigualdades. Estudos nacionais ainda reforçam essa máxima (RIBEIRO, 2015):

A progressividade, hoje, não mais deve ser extraída de uma visão utilitarista de igual sacrifício, mas como importante instrumento de redistribuição de rendas no Estado Social, o que é reconhecido até mesmo por pensadores liberais menos ortodoxos, como o próprio John Rawls, que, embora defendesse a proporcionalidade como um dos princípios da justiça como equidade, considerando ser essa modalidade de tributação mais adequada ao estímulo da produção, reconheceu também que, nos sistemas tributários de países em que haja maior desigualdade social, a progressividade dos impostos sobre a renda é medida exigida pelos princípios da liberdade, da igualdade equitativa de oportunidades e da diferença.

Não por acaso, a literatura reconhece esse atributo ao verificar a concretização do caráter redistributivo de renda e patrimônio por meio da progressividade, ajustando a distribuição interpessoal do ônus impositivo. Entretanto, reconhece também que a imposição de gravames à riqueza, para redistribuição, em maior ou menor grau é diretamente influenciada por fatores ideológicos-políticos dos governos (NEUMARK, 1974).

Historicamente, assim como no embate entre progressividade e eficiência econômica, por diversas vezes, autores, especialmente norte-americanos, tentaram reduzir o potencial redistributivo da tributação apontando que impostos voltados à redistribuição poderiam causar aumentos na discrepância de salários e até mesmo induzir fluxos migratórios danosos economicamente.

Todavia, estudos posteriores verificaram empiricamente que tais pesquisas careciam de resultados contundentes na prática, ao mesmo tempo apontaram que o sistema tributário focado em redistribuição poderia não só levar à equalização de salários após o impacto do ônus tributário, mas também poderiam melhorar o índice de Gini de determinado país. Como exemplo observa-se o trabalho de Andrew Leigh:

No que diz respeito à distribuição dos salários por hora após impostos, os resultados da coluna 1 da Tabela 5 sugerem que impostos mais redistributivos conduzem (com algum desfasamento) a uma distribuição mais equitativa do rendimento. Dos anos $t - 6$ a t , um sistema fiscal que reduz mecanicamente a

desigualdade salarial em um desvio padrão (0,3 pontos de Gini) leva a uma queda de 0,8 pontos ($0,003 \times -2,5$) no Gini pós-impostos, um efeito que é estatisticamente significativo. significativa ao nível de um por cento.

Quanto ao potencial custo de eficiência de impostos mais redistributivos, os resultados da coluna 2 não apoiam a teoria de que mais impostos redistributivos prejudicam a economia de um estado. Na verdade, impostos mais redistributivos parecem estar associados a um crescimento económico ligeiramente mais rápido. Um sistema tributário que é um desvio padrão mais redistributivo está associado a um aumento de quatro por cento ($0,003 \times 14,6$) na taxa de crescimento ao longo dos anos $t - 6$ a t , um efeito que é estatisticamente significativo no nível de cinco por cento (LEIGH, 2008, tradução nossa)

Dentro do raciocínio até aqui, é possível perceber que a tributação construída sobre os preceitos constitucionais abordados exerce uma só função a qual pode ser analisada em duas perspectivas: i) faz aquele com maior patrimônio arcar com uma carga de tributos maior, promovendo igualdade; ii) carga esta que representa um montante a ser destinado aos mais pobres via políticas sociais, viabilizando redistribuição. Dessa forma, progressividade é capaz de garantir um ônus maior àqueles com maior riqueza para financiamento das atividades estatais voltadas, inclusive à promoção de direitos sociais fixados pela constituição, criando-se um fluxo nos recursos em que a renda é retirada dos mais ricos e alocada nas camadas economicamente desprivilegiadas - daí sua importância para redistribuição.

2.3 Desigualdade no Brasil e no mundo

A aplicação da capacidade contributiva visando redistribuição e justiça mostra-se de grande relevância no cenário internacional e, especialmente, no nacional. Segundo dados da Organização das Nações Unidas, o Brasil encontra-se em segundo no ranking de má distribuição de renda entre a população. O Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH) ainda indica como o país destaca-se entre os países do BRICS no que diz respeito à concentração de riquezas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2019):

A parcela de rendimentos dos 1% do topo aumentou significativamente na China, na Índia e na Federação Russa desde o início da década de 1980

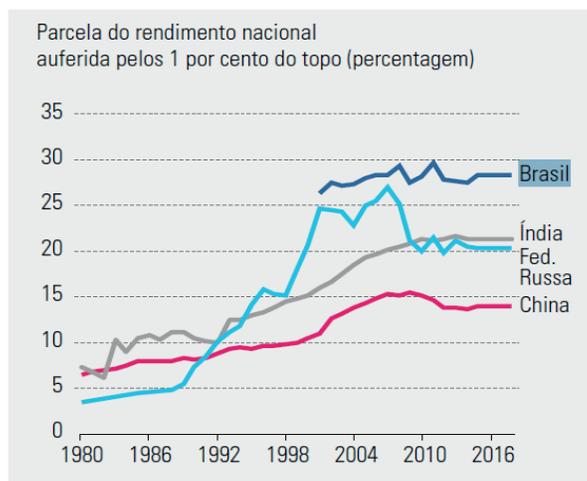


Figura 2 - Concentração econômica BRICS

Fonte: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (2019).

Piketty, em seu livro “O capital no século XXI”, demonstra o crescimento exponencial do número de bilionários no mundo entre 1987 e 2013. Segundo os dados disponibilizados pela revista americana Forbes, existiam 140 bilionários (patrimônio acima de 1 bilhão de dólares) em 1987, porém essa quantidade saltou para mais de 1.400 em 2013. Em relação ao patrimônio desses indivíduos observou-se um desenvolvimento ainda maior: de 300 bilhões para 5,4 trilhões em 2013 (PIKETTY, 2014).

A clareza da desigualdade fica mais patente quando esses valores interagem com dados referentes à população total. Em 1987 o planeta contava com aproximadamente 5 bilionários por pessoa, e em 2013, esse número foi de 130. Ao mesmo tempo, os detentores de bilhões possuíam 0,4% da riqueza mundial, passando a deter nos anos recentes mais de 1,5% (PIKETTY, 2014).

O autor ainda apresenta outras relações as quais realmente chamam a atenção para o tema:

A única maneira de dar sentido a esses rankings de fortunas é examinar a evolução da riqueza detida por uma porcentagem fixa da população mundial, como por exemplo, o vigésimo milionésimo mais rico da população adulta mundial - ou seja, cerca de 150 pessoas em três bilhões de adultos no fim dos anos 1980 e 225 pessoas em 4,5 bilhões de adultos início dos anos 2010. Constatou-se, assim, que o patrimônio médio desse grupo passou de pouco mais de 1,5 bilhão de dólares em 1987 para algo próximo de 15 bilhões em 2013, uma progressão média de 6,4% ao ano acima da inflação. Se considerarmos agora o centésimo milionésimo mais rico da população mundial- isto é, trinta pessoas em três bilhões ao fim dos anos 1980 e 45

pessoas em 4,5 bilhões no início dos anos 2010 -, observamos que seus patrimônios médios passaram de pouco mais de 3 bilhões para perto de 35 bilhões de dólares, o que significa um aumento anual ainda mais elevado: cerca de 6,8% por ano acima da inflação. Em comparação, a riqueza média mundial por habitante adulto progrediu 2,1% ao ano e a renda média mundial, 1,4% ao ano (PIKETTY, 2014).

Voltando a conjuntura brasileira, por aqui não se observa grandes avanços em comparação à desigualdade no mundo; muito pelo contrário. Em pesquisa recente encabeçada por Sérgio Gobetti (2024) foi elaborado o seguinte cenário, com base em estimativas lastreadas nos dados do IRPF fornecidos pela Receita Federal.

Centil	Item	2017	2022	Var(%)
Top 0,1%	Renda (R\$ milhões)	431.070	813.735	
	Número Pessoas	152.288	153.666	
	% População adulta	0,102%	0,100%	
	Renda média (mensal)	235.885	441.290	87%
Top 1%	Renda (R\$ milhões)	961.224	1.618.599	
	Número Pessoas	1.522.882	1.536.670	
	% População adulta	1,017%	0,996%	
	Renda média (mensal)	52.599	87.776	67%
Top 5%	Renda (R\$ milhões)	1.715.713	2.719.899	
	Número Pessoas	7.309.833	7.683.352	
	% População adulta	4,88%	4,98%	
	Renda média (mensal)	19.559	29.500	51%
Demais 95%	Renda (R\$ milhões)	2.988.518	4.103.959	
	Número Pessoas	142.493.304	146.662.846	
	% População adulta	95,12%	95,02%	
	Renda média (mensal)	1.748	2.332	33%
Total	Renda (R\$ milhões)	4.704.231	6.823.858	
	Número Pessoas	149.803.137	154.346.198	
	% População adulta	100%	100%	
	Renda média (mensal)	2.617	3.684	41%
Centil		2017	2022	Diferença
Top 0,1%	Renda dos mais ricos	9,2%	11,9%	2,8%
Top 1,0%	em proporção da	20,4%	23,7%	3,3%
Top 5%	renda total	36,5%	39,9%	3,4%

Tabela 2 - Evolução da renda dos mais ricos no Brasil

Fonte: GOBETTI (2024)

Nesse sentido, tal quadro ajuda compreender como no país houve um crescimento da desigualdade de patrimônio. Enquanto a maior parte dos brasileiros adultos detiveram um aumento de 33% na sua renda, os mais ricos conseguiram atingir crescimentos de 51%, 67% e 87%.

No mais, a concentração fica muito evidente quando analisamos informações ligadas ao 1% mais rico no Brasil. Independentemente dos dados utilizados como referência para

apuração da concentração da riqueza nacional dentre essa camada da população, sempre é muito expressiva a concentração do patrimônio nacional.

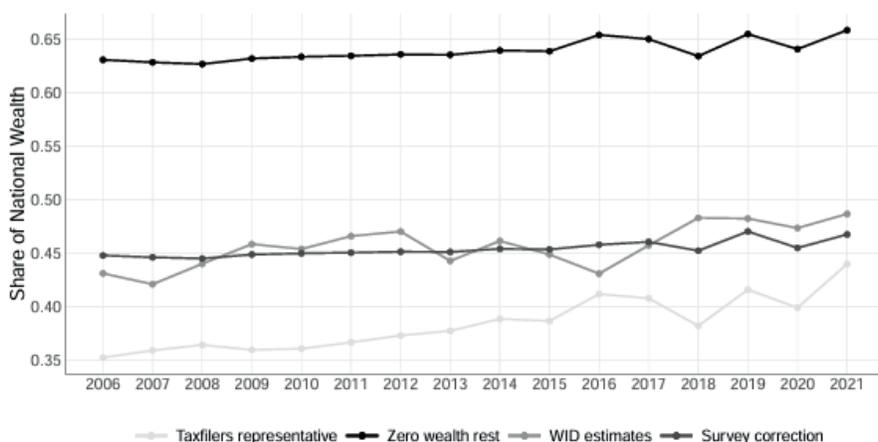


Figura 3 - Participação do Top 1% na participação da riqueza nacional

Fonte: (CASTRO; BHERING, 2023).

Os autores elaboraram o gráfico indicado acima, com base em dados obtidos junto à Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNADC). Nas três métricas apresentadas na figura - quais sejam, Estimativa do Banco de Dados Mundial de Desigualdade (WID estimates), atribuição de zero patrimônio para não declarantes do IRPF (Zero Wealth rest), cálculo somente sobre valores apresentados por declarantes do IRPF (Taxfilers representative), e cruzamento de informações entre dados do PNADC e das declarações de impostos (Survey correction) - observou-se um crescimento na convergência da riqueza (CASTRO; BHERING, 2023).

No pior cenário a concentração nas mãos do top 1% progrediu de 63,1% em 2001 para 65,9%, já no cenário colocado pelos autores como o mais preciso (Survey correction) essa mudança foi de 35,2% em 2006 para 44% em 2021. De qualquer forma, quase metade do capital nacional apropriado na mão de 1% da população é algo que no mínimo alerta para o crescimento da desigualdade no país, e logo para eventuais violações à lógica constitucional.

Conforme raciocínio apresentado neste capítulo, embora o Brasil apresente essa grande disparidade entre a renda das classes econômicas, a Constituição Federal fixa princípios tributários, qual seja a capacidade contributiva e a progressividade, os quais, se respeitados, são capazes de mitigar tal problema, pela construção de um sistema tributário redistributivo e justo.

3 | CONCLUSÃO

Por toda argumentação apresentada, resta evidente como no Brasil, o ideal Constitucional para a construção de um sistema tributário justo e capaz de reduzir as disparidades econômicas, perpassa essencialmente pela capacidade contributiva, e progressividade dos tributos. Por outro lado, é preocupante o panorama apresentado em algumas pesquisas, no qual foi identificado um caráter regressivo nos tributos ligados à renda do brasileiro (AFONSO, *et. al.*, 2017).

Ademais, não se deve ignorar os sinais de agravamento da desigualdade no país, algo que nos alerta para, em alguma proporção, uma falha potencial do sistema tributário e sua capacidade de redistribuir as riquezas entre as camadas da população.

Conseqüentemente, figura necessário o desenvolvimento de novos estudos os quais abarquem diversas hipóteses de incidência, em pessoas físicas e jurídicas, com um olhar sistêmico a fim de identificar se o nosso sistema tributário respeita dos ditames da capacidade contributiva e portanto, da justiça tributária constitucionalmente idealizada.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. Ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BLUM, Walter J; KALVEN JR., Harry. **The uneasy case for progressive taxation**. University of Chicago Law Review, v. 19, n. 11, p. 417-520. 1952. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2722&context=uclev>. Acesso em: 06 mar. 2024.

CALIENDO, Paulo. **Justiça Fiscal: conceito e aplicação**. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Tratado de Direito Constitucional Tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASTRO, Fabio Avila de; BHERIN, Davi. **Wealth Inequality in Brazil**. Working Paper nº 27. Paris School of Economics. 2023. Disponível em: <https://shs.hal.science/halshs-04166852/document>. Acesso em: 08 maio 2023.

CONTI, José Maurício. **Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade**. São Paulo: Dialética, 1996.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EINAUDI, Luigi. **Mitos y paradojas de la justicia tributaria**. Barcelona (Espanha): Ediciones Ariel, 1959.

- GIARDINA, Emilio. **Le basi teoriche del principio della capacità contributiva**. Milão (Itália): Dott. A. Giuffrè, 1961.
- GOBETTI, Sérgio Wuff. **Concentração de renda no topo: novas revelações pelos dados do IRPF**. Observatório de política fiscal. Fundação Getúlio Vargas. 2024. Disponível em: <https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/politica-economica/pesquisa-academica/concentracao-de-renda-no-topo-novas-revelacoes-pelos-dados-do>. Acesso em: 25 de mai. 2024.
- IANONI, Marcus. **Interesses financeiros e captura do estado no Brasil**. Revista de Economia Política, v. 37, n.2, p. 324-342, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/rj/rep/a/DGRVhrzyZS5PwSJwcFpgbmP/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 21 mar. 2024.
- JOBIM, Eduardo. **A justiça tributária na Constituição**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- KORNHAUSER, Marjorie. **The Rhetoric of the Anti-Progressive Income Tax Movement: A Typical Male Reaction**. Michigan Law Review, v. 86, n. 3, 1987. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol86/iss3/2/>. Acesso em: 26 mar. 2024.
- LAVEZ, Raphael Assef. **Fundamentos e controle da progressividade no imposto sobre a renda**. Orientador: Prof. Dr. Luís Eduardo Schoueri. 2017. 260 f. Tese (Mestre em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- LEIGH, Andrew. **Do Redistributive State Taxes Reduce Inequality?** Economics Program, Research School of Social Sciences, Australian National University, National Tax Journal v. 31, n. 1, p. 81-104, 2008. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41790432>. Acesso em: 21 jan. 2024.
- LIMA, Daniel Batista Pereira Serra. **Eficácia normativa do princípio da capacidade contributiva**. Orientador: Paulo Ayres Barreto. 2022. 23f. Tese (Doutor em direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.
- MESTRES, Magín Pont. **Princípio Constitucional de Capacidade Económica**. Estudios sobre Temas Tributários Actuales, v. 3. Barcelona (Espanha): Universitat de Barcelona Publicacions, 1990.
- MILL, John Stuart. **Principles of political economy with some of their applications to social philosophy**. Cambridge (Reino Unido): Hackett Publishing Company, 2004.
- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O Mito da Propriedade: os impostos e a justiça**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021.
- NETO, Celso de Barros Correia. **O avesso do tributo**. São Paulo: Almedina, 2016.
- NEUMARK, Fritz. **Principios de la imposición**. Obras Básicas de Hacienda Pública. Madrid [ES]: Instituto de Estudios Fiscales, 1974.
- NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia**. New York: Basic Books, 1974.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Além do rendimento, além das médias, além do presente: Desigualdades no desenvolvimento humano no século XXI**. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Relatório do Desenvolvimento Humano, 2019. Disponível em: http://hdr.undp.org/en/2019-report/download?_gl=1*zgrjOn*_ga*Mz11ODMwMzc3LjE2ODYwNDcxNzc.*_ga_3W7LPK0WP1*MTY4NjA0NzE3Ni4xLjAuMTY4NjA0NzE3Ni42MC4wLjA. Acesso em: 17 de maio de 2023.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Piketty e a reforma tributária igualitária no Brasil**. Tributação e Desenvolvimento. Revista de Finanças Públicas, v. 3, n.3, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/15587>. Acesso em: 18 mai. 2024.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SIMONS, Henry C. **Personal income taxation: the definition of income as a problem of fiscal policy**. Chicago [EUA]: The University of Chicago Press, 1938.

SELIGMAN, Edwin R. **A. Progressive taxation in theory and practice**. 2ª ed. Princeton, Nova Jersey: Princeton University Press, 1909.

STEUART, James. **An Inquiry into the principles of political economy**. v. 1. London: A. A. Millar, and T. Cadell, 1767. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/ebooks/60411>. Acesso em 11 mar. 2024.

TEIXEIRA, Nilson. **Triste captura do Estado pela elite**. São Paulo, Valor Econômico, 27 dez. 2023. Disponível em: <https://valor.globo.com/opiniao/coluna/triste-captura-do-estado-pela-elite.ghtml>. Acesso em: 05 jan. 2023.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros. 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **Justiça Distributiva: Social, Política e Fiscal**. Revista de Direito Tributário n. 70, p. 27–39, 1995.

VELLOSO, Andrei Pitten. **O princípio da isonomia tributária: da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SIGILO BANCÁRIO E A NORMA ANTELISIVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Data de submissão: 14/02/2025

Data de aceite: 05/03/2025

Cecília de Souza Viana Barros

Ana Márcia Paulino da Silva

1 | INTRODUÇÃO

É conhecido que o Estado necessita arrecadar recursos financeiros para que seja promovida a manutenção de suas atividades, assim como garantir a satisfação do interesse público como sua finalidade precípua, através da imposição de tributos às pessoas que integram a sociedade.

No entanto, o poder de tributar do Estado, não é absoluto, pois a própria Constituição Federal impõe certos limites por meio dos princípios constitucionais tributários e imunidades tributárias.

Cumprir destacar que há muito se consigna ser inerente ao comportamento humano a busca pela preservação de seu patrimônio positivo, sendo uma das formas a opção pela maneira mais vantajosa de submissão à tributação.

A questão parece se restringir a afirmação de que ninguém pode ser obrigado a se enveredar pelo caminho mais dificultoso ou oneroso.

Com o advento das Leis Complementares nº 104/2001 e 105/2001, que inseriu o parágrafo único no artigo 116 do Código Tributário Nacional, a tormentosa questão da aplicação das teses antielisivas ao direito nacional ganhou novos contornos, bem como a possibilidade de quebra do sigilo fiscal pela administração tributária, sem submeter-se a uma decisão judicial, respectivamente.

Somos de uma época globalizada e o homem está cercado por um novo tipo de informação interativa, sustentada por poderosos meios tecnológicos, caracterizados por uma enorme capacidade de armazenamento e por uma grande velocidade de transmissão de dados. Apesar das vantajosas situações, estes meios acabam por desumanizar as relações entre as pessoas. O sigilo e a reserva passaram a ser barreiras, que o culto da informação e da “transparência”,

legitimamente, podem e devem derrubar. O sigilo é uma forma de defesa dos direitos individuais e da privacidade concedidos pela Magna Carta de 1988.

Sendo, portanto, a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, uma possível medida antielisiva a fim de se minimizar o problema da evasão e da elisão tributária.

A previsão legal expressa da possibilidade de possíveis descon siderações de atos ou negócios jurídicos lícitos praticados pelos contribuintes frente a atuação da autoridade administrativa competente lança no sistema tributário nacional instituto já utilizado em outros países.

Apesar de ter suas raízes firmadas em terras europeias no início do século XIX, a matéria é bastante atual haja vista a aprovação da Lei Complementar nº 104/2001, e posterior edição da Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002, que trouxe recentemente a questão à baila, ainda que não mantidas as cláusulas reguladoras da antielisão na sua conversão em lei.

Em que pese já ter mais de quinze anos da sua publicação, é um tema atual e de repercussão no sistema tributário nacional, durante todo este período, desde a sua origem, muito se discutiu sobre a norma antielisão.

O presente trabalho tem por objetivo enveredar pelas nuances que envolvem a norma antielisiva, sob todos os aspectos, em especial relativa à questão constitucional e tributária, consultando a doutrina nacional.

A verdadeira batalha que há no confronto entre a vontade do contribuinte em diminuir sua carga tributária e o objetivo do Estado de aumentar cada vez mais a arrecadação de tributos suscita análise à luz do direito para verificação dos limites legais das atividades de ambos os polos, que permeiam seus interesses em sentidos opostos.

Sabendo que enquanto não houver norma legal que obrigue ao contribuinte a escolha de formas negociais que impliquem em maior recolhimento de tributos, por sua vez, o Estado, diante do seu poder/dever de arrecadação, implementa medidas que interferem nesta “opção” do contribuinte, podendo descon siderar algumas operações que resultem em diminuição da tributação. Tal escolha de formas negociais, também chamada de planejamento tributário, que importarão em elisão fiscal, assim como a interferência estatal, através das medidas chamadas antielisivias, merecem análise por confrontarem-se com dispositivos constitucionais e infra-constitucionais específicos que estabelecerão os limites da utilização de ambos os institutos e balizarão a prática de atos em um descortinar um pouco, longe de esgotar o tema, sobre a possibilidade de aplicação das normas antielisivias no ordenamento pátrio.

Quanto à metodologia, a monografia se fundou no método dedutivo, vez que parte da premissa fundada nos aspectos gerais do sigilo bancário e da norma antielisiva, transcorrendo-se pelo detalhamento de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

O presente trabalho também se embasa em pesquisa aplicada, porquanto analisa os limites constitucionais da administração tributária e a incompatibilidade das

Leis Complementares 104 e 105 de 2001 com a Constituição Federal, utilizando-se de referências bibliográficas.

No tocante aos objetivos metodológicos, a pesquisa empreendida é explicativa na medida em que visa a identificar os fatores que determinam o uso das normas tributárias antielisivas, os quais ferem os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes. E, por fim, quanto ao procedimento técnico, foi empregada a pesquisa bibliográfica, examinando-se legislação pertinente à aplicação das normas antielisivas e possibilidade da quebra do sigilo fiscal sem o devido processo legal, bem como jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2 I SIGILO BANCÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO

Inicialmente, o significado do vocábulo sigilo é algo que permanece escondido da vista ou do conhecimento; é sinônimo de segredo, coisa ou notícia que não pode ser revelada. (Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva. 2001, p. 2.568).

O sigilo bancário é o direito à negativa da divulgação de informações, dados e registros pessoais do contribuinte que se encontram no conhecimento de determinadas instituições bancárias. Neste contexto, assim ensina Arnaldo Wald (2002),

O sigilo bancário se enquadra no conceito mais amplo do segredo profissional, que tem merecido uma proteção muito ampla, ensejando sua violação caracterização como crime (art.154 do Código Penal), [...] chegou-se até a afirmar que o sigilo bancário constitui as pilstras do crédito e a garantia de uma economia sadia” (WALD, 2002).

Ainda nesse sentido, o sigilo “Consiste na obrigação imposta aos bancos e a seus funcionários de discrição, a respeito de negócios, presentes e passados, de pessoas com que lidaram abrangendo dados sobre a abertura e o fechamento de contas e a sua movimentação” (MENDES, 2008).

Nas lições de Roque Carrazza, o sigilo bancário está garantido no artigo 5º, e XII da CF, quando se assegura a inviolabilidade da privacidade e da inviolabilidade do sigilo de dados. Para ele, esses dispositivos resguardam o sigilo das informações bancárias, seja daquelas constantes nas próprias instituições financeiras, seja das existentes na Receita, pois:

[...] por meio da análise e divulgação dos dados bancários deixa-se ao desabrigo a intimidade da pessoa; fica fácil saber quais suas preferências políticas (v.g., na hipótese de ter feito uma doação a um partido), qual sua religião (pelo eventual donativo que fez a uma igreja), com quem se relaciona, quais suas diversões habituais, que lugares frequenta, se está passando por dificuldades financeiras (comprováveis por constantes saldos bancários negativos) etc. Tudo isso pode levar a situações altamente embaraçosas.” (CARRAZZA, 2009).

A partir das definições acima apresentadas conclui-se que do direito ao sigilo bancário, decorre, em contrapartida, do dever do sigilo bancário da instituição bancária, abrangendo não só conta bancária, mas também outros dados ou informações de clientes e terceiros conhecidos por um banco como consequência da relação comercial estabelecida entre este e o cliente, não sendo absoluto e pode ser excepcionado em justificadas hipóteses, como será visto mais adiante. (ROQUE, 2001).

Segundo os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (Paulo Quezado e Rogério Lima, Sigilo Bancário, pág.31), “que a privacidade se funda no princípio da exclusividade, o qual tem como característica a solidão (“desejo de estar só”), o segredo (“exigência de sigilo”) e a autonomia (“liberdade de decidir sobre si mesmo emanador de informações”).

E, ainda para Paulo Quezado e Rogério Lima (op. cit. pág.36), preceituam que o sigilo bancário encontra respaldo no inciso X por tratar-se de característica da intimidade, porquanto há o direito de exercer a liberdade de negação, e, igualmente, no inciso XII, conquanto a interpretação de dados não pode ser feita de maneira restritiva, o que nos obriga a firmar que dados faz referência ao sigilo bancário. Essa nos parece ser a maneira mais plausível para entendermos o objetivo da Constituição Federal.

Sabemos que na elaboração de qualquer Constituição, os Direitos e Garantias do Cidadão não são só um instrumento concebido para assegurar o reconhecimento de direitos individuais e participação do cidadão nos atos Públicos, como também um meio de coibir os abusos da Administração Pública.

Nesse passo, os direitos fundamentais servem como um tipo de proteção contra os atos praticados pela Administração Pública que porventura possam desrespeitar tais garantias, justificando, assim, sua relevância constitucional.

O Estado de Direito confere aos indivíduos a titularidade de direitos públicos subjetivos e, assim, de posicionamentos jurídicos ativos que podem assumir nos possíveis embates que venham a surgirem com a autoridade pública e, mesmo, com outros particulares. Os direitos fundamentais, assim como as garantias individuais precisam ser respeitados para que possam tornar efetivos tais direitos, ainda que sejam confrontados com interesses de particulares ou do próprio Estado.

Sendo assim, o sigilo às informações financeiras consta daqueles direitos inerentes à intimidade do homem, do livre arbítrio de dispor daquilo que é inerente à sua personalidade.

Da mesma forma, encontramos respaldo a proteção dos direitos fundamentais para com o indivíduo ao nos debruçarmos na leitura do estatuto do contribuinte, que coaduna em todo o seu texto com a Carta Magna de 1988, protegendo-o em face dos abusos do Estado. Em uma definição do que vem a ser o estatuto do contribuinte, (CARVALHO, Paulo de Barros, apud CARRAZZA, 2007) afirma que:

Define-se o estatuto do contribuinte, ao pé de nossa realidade jurídico-positiva, como a somatória, harmônica e organizada, dos mandamentos constitucionais sobre a matéria tributária, que, positiva ou negativamente,

estipulam direitos, obrigações e deveres do sujeito passivo, diante das pretensões do Estado (aqui utilizado na sua acepção mais ampla e abrangente – entidade tributante). E quaisquer desses direitos, deveres e obrigações, porventura encontrados em outros níveis da escala jurídico-normativa, terão de achar respaldo de validade naqueles imperativos supremos, sob pena de flagrante injuridicidade.

Atualmente, o tema quebra do sigilo bancário é elevado a um patamar muito alto, pois a Constituição Federal de 1988 protege, em seu art. 5º, incisos X e XII, a privacidade, a intimidade e a inviolabilidade do sigilo de dados dos cidadãos brasileiros. Assim, a quebra desses direitos, em tese, desrespeita tal mandamento garantido em nossa Lei Fundamental, pois são considerados direitos fundamentais, não podendo existir qualquer tipo de violação a tais preceitos sem um devido processo legal e análise pelo Poder Judiciário.

Nesse ramo do direito, os debates são bastantes vigorosos na defesa de posições. O sigilo bancário, todavia, parece ser daqueles temas em que há pouca divergência doutrinária, já que a maioria, acompanhada por grande parte da jurisprudência, é unânime em defender que constitui violação aos direitos fundamentais da privacidade, para uns, ou da intimidade, para outros, a “quebra do sigilo bancário” pela Administração Tributária, quando esta acessa os dados dos contribuintes constantes das instituições financeiras.

A Lei do Sistema Financeiro Nacional, regulada sob o nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, permitiu, expressamente, ao Judiciário, ao Legislativo, às CPs e ao Executivo, através dos agentes fiscais do Ministério da Fazenda, a quebra do sigilo bancário, observando determinadas condições legais. Pela primeira vez, um instrumento legal previa o dever de sigilo, atribuído especificamente às instituições financeiras, cuja violação constituía crime.

No art. 38 da Lei supracitada não dizia que tipo de processo deveria estar instaurado, se judicial ou administrativo, gerando algumas divergências. Contudo, a jurisprudência majoritária assentou o entendimento de que não foi conferido às autoridades tributárias competência para quebrar diretamente o sigilo bancário, mas apenas por intermédio da observância do devido processo legal.

No ramo do direito tributário, o Código Tributário Nacional – CTN, Lei nº 5.172 de 25.10.1966, no seu artigo 197, II, tem a previsão que obriga aos bancos e demais instituições financeiras a prestarem informações às autoridades administrativas fiscais. Por isso, até então, diante da recusa do contribuinte em atender as intimações para apresentar suas movimentações bancárias, o Fisco fazia o requerimento diretamente à instituição financeira e era atendido. Ocorre que, após 1988, as instituições financeiras começaram a se negar a entregar as informações bancárias e os contribuintes passaram a impetrar Mandados de Segurança para obstar os pedidos do Fisco.

Enquanto ocorria um verdadeiro confronto jurídico a respeito da “quebra” do sigilo bancário pela administração tributária, editou-se, com intuito de extinguir a fraude e a evasão fiscal, a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 que foi enviada

pelo Poder Executivo, através dos Projetos de Lei Complementar 219 e 007, de autoria, respectivamente, dos Senadores Lúcio Alcântara e José Eduardo Dutra, que, em seu art. 1º estabeleceu o dever de sigilo, nos arts. 5º e 6º, flexibilizou o sigilo bancário em face da Administração Tributária e o art. 13 revoga expressamente o art.38 da Lei 4.595/64.

Apesar da Lei Complementar nº 105/2001 autorizar a “quebra” do sigilo bancário pela Administração Tributária, nova questão, e essa de grande complexidade, foi levantada: sua constitucionalidade. Na doutrina não há posicionamento pacificado quanto à constitucionalidade da lei sob análise, o que causa demasiada divergências entre os especialistas, e até mesmo com algumas decisões do STF, as quais já defenderam as duas posições, porém, recentemente o Supremo Tribunal Federal decidiu nas ADIs nºs 2.386, 2.397 e 2.859 que são constitucionais os dispositivos da Lei Complementar 105/2001 e de regulamentações posteriores que permitem o fornecimento pelos bancos à Receita Federal de informações sobre movimentações financeiras de contribuintes, sem necessidade de autorização judicial.

Noutro, o Supremo Tribunal Federal havia decidido que a quebra de sigilo bancário por requisição administrativa, sem intervenção judicial, era inconstitucional. Aliás este era o entendimento da maioria dos tribunais do país que até pouco tempo acompanhavam a decisão da suprema Corte a respeito do assunto, apesar de muitos casos ainda serem conflitantes. O tema foi apreciado no Recurso Extraordinário 389.808, julgado em dezembro de 2010 pelo STF, sob relatoria do ministro Marco Aurélio, conforme Ementa abaixo:

Ementa

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

Decisão:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), deu provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Ellen Gracie. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Falou, pelo recorrente, o Dr. José Carlos Cal Garcia Filho e, pela recorrida, o Dr. Fabrício Sarmanho de Albuquerque, Procurador da Fazenda Nacional. Plenário, 15.12.2010.

Para Martins (2001.p 37-38), a inviolabilidade do sigilo está consagrada no artigo que é inteiramente dedicado aos direitos individuais (art 5º da CF/88), assim:

A LC 105/2001, com muito mais razão, mostra-se ilegítima, pois, se nem emenda constitucional pode alterar o reguardo do sigilo de dados, à

nitidez, muito menos a lei complementar poderia fazê-lo, razão pela qual tenho para mim que os dois exteriorizam manifesta inconstitucionalidade. Parece-me, pois, que o direito do contribuinte de ter seu sigilo bancário preservado não poderá ser retirado- enquanto não houver uma ruptura institucional, o que ninguém deseja- podendo ser quebrado, apenas, por autorização judicial.

E, por fim, afirma o autor que a questão seria meramente jurídica. A lei complementar em comento afasta direitos fundamentais do contribuinte e impede que o Poder Judiciário exerça sua função de poder neutro, que defende o Fisco contra o sonegador e o bom contribuinte contra o Fisco, fazendo desta norma uma medida antielisiviva. Entende que se trata de uma medida repressiva enviada pelo Poder Executivo à um Poder que tem que preservar a Constituição Federal, e por isso, muitas vezes, torna-se um incômodo ao governo, que nos últimos tempos não tem primado pelo respeito aos direitos fundamentais.

É oportuno destacarmos que em todos os Estados Democráticos de Direito são consagrados e protegidos os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade, e no Brasil não é diferente. Assim, ao ser quebrado, o sigilo bancário, podemos dizer que estaremos diante de uma violação de garantia constitucional prevista por uma *clausula pétrea*, a qual não pode ser mudada ou excluída nem mesmo por uma emenda constitucional, sob pena de desestabilizar toda a ordem legal do Estado.

Encontramos, ainda, em defesa da excepcionalidade da quebra do sigilo bancário o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), disposto em seu artigo XII, também, prevê a garantia de que: ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação, declarando, ainda, que toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. Semelhantes direitos estão previstos no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e no Pacto de San José da Costa Rica de 1969 (o Brasil aderiu a ambos em 1992).

Ademais, A “Constituição Política do Império do Brasil”, de 25 de março de 1824, no seu artigo 179, incisos de I a XXXV, já continha os direitos à liberdade, à segurança individual e à propriedade (hoje expostos no artigo 5º da atual CF), interpretados, entre outros, pelos direitos: à inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, à inviolabilidade da casa, ao segredo das cartas.

Noutro pórtico, há posicionamento diverso, ou seja, o entendimento de que a lei em infraconstitucional não fere a Constituição Federal. Pode-se citar como adepto o autor Roberto Massao Chinen, em seu livro defende que deve ser autorizado o levantamento do sigilo bancário diretamente pelos agentes dos fiscos por conta do princípio da capacidade contributiva do contribuinte. Sua tese é fundamentada no princípio da proporcionalidade, ou seja, para o fisco poder imiscuir-se nos dados financeiros do cidadão a medidas adotadas devem ser adequadas, necessárias e proporcionais. (CHINEN, 2005).

No entanto, como bem se se posicionou Roque Carrazza não havia necessidade de a Lei Complementar 105/2001 assim regular a questão, visto que o Poder Judiciário vem sendo muito sensível aos pleitos de quebra de sigilo bancário, desde que haja fundada suspeita de ocorrência de ilícitos praticados envolvendo dinheiros públicos. (CARRAZZA, 2009, p. 494)

O poder outorgado pela Lei Complementar em testilha fere a intenção que emana de todo o ordenamento jurídico brasileiro, ferindo gravemente o princípio geral de direito da irretroatividade da lei, entabulado no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Após a publicação da LC nº 105/2001 editou-se o Decreto nº 3.724/01 que procedeu a Lei em epígrafe, o qual em seu art. 2º individualizou as onze hipóteses em que a verificação bancária é indispensável pela autoridade competente da administração fazendária, que segue *ipsis litteris*:

- “a) sub - avaliação de valores de operações (inclusive de comércio exterior); de aquisição e/ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado;**
- b) obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos;**
- c) prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país enquadrado nas condições previstas no artigo 24, da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996;**
- d) omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável;**
- e) realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível;**
- f) remessa a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas;**
- g) nos casos previstos no artigo 33, da Lei n.º 9.430/96;**
- h) as pessoas jurídicas enquadradas no CNPJ, quando a situação cadastral estiver cancelada, ou inapta nos casos previstos no artigo 81, da Lei n.º 9.430/96;**
- i) pessoa física sem inscrição no CPF ou com inscrição cancelada;**
- j) de negativa pelo titular da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira;**
- k) presença de indício de que o titular de direito, é interposto pessoa titular de fato.”**

Diante do que se encontra disposto no texto supracitado, o contribuinte foi posto em situação demasiadamente vulnerável, visto que a condição assegurada em lei, que outorga aos agentes públicos, sob a forma de procedimento fiscalizatório, a possibilidade de examinar os registros de movimentações financeiras, colide diretamente com um

direito individual, motivo pelo qual entende-se, juntamente com a melhor doutrina, que a Lei Complementar 105/01 é inconstitucional, tanto do ponto de vista da quebra do sigilo bancário em si, como do procedimento fiscal nela previsto, qual seja, investigação sem contraditório.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, pôs fim a discussão quanto a constitucionalidade da Lei Complementar que autoriza a quebra do sigilo bancário pela administração tributária, como já exposto acima.

Com a devida *vênia*, depois da decisão de maioria esmagadora no STF, é muito difícil aceitar, portanto, a tese de que o interesse fazendário de cunho arrecadatário se iguale ao interesse público, justificando para tanto a necessidade de quebra do sigilo bancário dos contribuintes em geral sem ocorrência válida de suspeita de prática de ilícito contra a ordem tributária nacional.

Acredita-se que o legislador deve e necessita desenvolver técnicas que reprimam a sonegação fiscal, mas sem fomentar o desejo de aumentar a arrecadação fiscal ferindo ou retirando os direitos do povo e sim através de métodos democráticos que não desmoralizem a Constituição em vários de seus princípios como: irretroatividade da lei, separação de poderes, proteção da intimidade, presunção de inocência, princípio da proporcionalidade, princípio da reserva de jurisdição, e outros.

A quebra de sigilo bancário, como descrito na norma em estudo, fere o direito à dignidade e à liberdade do cidadão, na medida em que este não pode vim a se sentir-se livre quando vê sob ameaça a sua intimidade ou sua privacidade, entendida esta como gênero, do qual aquela é espécie.

Como já visto, o sigilo bancário não é, e não, pode ser um direito absoluto, podendo sim, em situações específicas, ser quebrado em virtude da supremacia do interesse público sobre o particular, desde que existam reais provas de atividade ilícita cometida por este.

Contudo, não podemos aceitar que há fundamento legal na permissão da administração fazendária, também integrante do polo ativo da relação tributária, mas, sim, ao Poder Judiciário, órgão neutro e competente para apreciar com imparcialidade cada caso concreto, como trecho extraído do voto do Ilustre Ministro Relator Carlos Velloso, na citada Petição n. 557/DF:

O sigilo bancário protege interesses provados. [...] Não é ele um direito absoluto, devendo ceder, é certo, diante do interesse público, do interesse público, do interesse da justiça, do interesse social, conforme, aliás, tem decidido esta Corte (RMS n. 15.925-GB, Relator o Ministro Gonçalves de Oliveira; RE n. 71.640-BA, Relator Ministro Djaci Falcão, RTJ 59/571; MS 1.047, Relator Ministro Ribeiro da Costa, Rev. Forense 143/154; MS 2.172, Relator Minitro Néilson Hungria, DJ de 5-01-54; RE n. 94.608-SP, Relator Ministro Cordeiro Guerra, RTJ 110/195). Esse caráter não absoluto do segredo bancário, que constitui regra em direito comparado, no sentido de que deve ele ceder diante do interesse público, é reconhecido pela maioria dos doutrinadores (Carlos Alberto Hagstrom, ob. Cit., p. 37; Sérgio

Carlos Covello, ‘O sigilo Bancário como Proteção à Intimidade’, Ver. Dos Tribs., 348/27; Ary Brandão de Oliveira, ‘ Considerações Acerca do Segredo Bancário’, Ver. De Dir. Civil, 23.114, 119). O segredo há de ceder, entretanto, na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei. [...].

Todavia, a discussão a respeito dessa matéria encontrava-se pendente da análise do guardião da constituição federal, o Supremo Tribunal de Justiça, há quinze anos, e, recentemente proferiu julgamento nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADIs 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859) e do recurso extraordinário com repercussão geral (RE 601.314), nos quais haviam a contestação dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001, sob o argumento de que configurarem quebra de sigilo bancário, como uma violação do artigo 5º, inciso XII da Carta de 1988: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”).

O placar terminou com nove votos a dois, e o STF decidiu pela constitucionalidade da Lei em epígrafe, que permite aos órgãos da administração tributária quebrar o sigilo fiscal de contribuintes sem autorização judicial.

A linha da doutrina vencedora no plenário da Corte foi a que possui entendimento de que a norma não configura quebra de sigilo bancário, mas sim transferência de informações entre bancos e o Fisco, ambos protegidos contra o acesso de terceiros.

O Relator do RE 601.314, Ministro Edson Fachin, acredita que a Receita Federal possui o direito de acessar os dados bancários dos contribuintes, pois tem o dever de manter tais dados em sigilo. Proferiu Voto pela constitucionalidade da norma que permite a agentes fiscais tributários examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso.

O contribuinte do caso concreto, julgado no dia 18 de fevereiro de 2016, se questiona o artigo 6º da Lei Complementar 105/01. Na ação, um contribuinte, representado pelo tributarista Luís Eduardo Schoueri, sustentou a necessidade de autorização judicial para a quebra do sigilo bancário.

Da mesma forma foi decidido pela maioria que o relator do acórdão deverá “explicitar” que os estados e os municípios devem promover regulamentos – assim como fez a União no decreto 3.724/2001 – prevendo: processo administrativo para a obtenção dessas informações; adoção de sistemas adequados de segurança e registros de acesso pelo agente público, a fim de evitar a manipulação indevida dos dados e/ou desvio de finalidade; garantia ao contribuinte da prévia notificação da abertura do processo e amplo acesso aos autos.

Como já exposto acima, o sigilo bancário possui proteção constitucional que pode ser pautada tanto no inciso X como no XII, do artigo 5º, a depender da interpretação que se dê aos dispositivos. Sendo assim, como toda norma constitucional, segue a regra da relativização diante de interesses conflitantes.

A verdadeira vontade por traz da norma complementar 105/2001 No caso específico, os princípios da isonomia e da liberdade, pelo instrumento da harmonização, deve prevalecer o interesse público sobre o individual. Deve o sigilo bancário ceder diante do interesse do Fisco em investigar as contas dos contribuintes a fim de promover a isonomia na esfera da tributação e auxiliar na contenção de práticas elisivas e evasivas.

31 ANÁLISE DA NORMA ANTELISIVA TRIBUTÁRIA CONSTANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A norma antielisiva foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei Complementar no 104, de 10.01.01, que introduziu no art. 116 do Código Tributário Nacional o parágrafo único, sendo este a norma geral antielisiva propriamente dita:

Parágrafo único – A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos na lei ordinária.

Estamos diante de dispositivo no qual a Fazenda Pública busca proteger-se contra as chamadas ações ilícitas dos contribuintes, que muitas vezes sequer estão ocorrendo, mas o simples fato de almejar a diminuição do pagamento de tributo é tido como infração, no entanto, ao analisar a conduta podemos até entendê-la como um direito do contribuinte.

A interpretação do disposto no texto inserido ao CTN passa inicialmente pela análise da elisão tributária e seu posicionamento perante os estudiosos do direito tributário, por esse motivo somente após breve estudo sobre a matéria é que podemos demonstrar algumas consequências dessa significativa alteração da legislação tributária.

O dispositivo citado é difundido como um tipo de normas antielisivas, que já há muito tempo assumiram uma importância significativa no direito tributário durante a década de 90. O desenvolvimento da metodologia jurídica e da teoria de interpretação, com a superação dos positivismo economicistas e conceptualistas, constituiu uma das principais causas para a nova visão da necessidade e da possibilidade de combate à elisão e ao planejamento tributário ou organização abusiva.

Essa introdução, para Ives Gandra (2009), encontra-se em sintonia com o art. 170 da Constituição Federal vigente, e do poder da fiscalização para desconsiderar, sem anular, a forma dos atos adotados pelo contribuinte, com o escopo de cobrar tributo sem a ocorrência do fato gerador.

A bem da verdade, a Carta Magna e a legislação inferior não proíbem a auto-organização lícita e alternativa do contribuinte com o objetivo de desoneração completa ou diminuição da carga tributária, ou seja, não há proibição em nosso ordenamento jurídico para o chamado planejamento tributário.

Esse entendimento se consubstancia no princípio da estrita legalidade no âmbito tributário, da tipicidade fechada e da reserva absoluta da lei, somados a valorização do trabalho humano, livre iniciativa e economia de mercado, conforme encontrado nos arts. 170 e 174 da Constituição Federal de 1988.

Temos a legalidade como direito e garantia individual em matéria tributária, estando pautada, ainda que de forma genérica, no art. 5º, II e específica no art. 150, I, todos da CF/88, havendo assim, a necessidade de a lei descrever de forma ampla o fato a ser tributado a fim de que sejam atendidos esses requisitos, para então, surgir a obrigação tributária.

Ora, já é de conhecimento unânime que de acordo com o direito brasileiro, para que se cobre tributos não pode valer-se de subjetivismo, devendo ocorrer o tipo definido na lei como necessária e suficiente à sua ocorrência, como preconiza o art. 114, se interpretado em união com o art. 97, ambos do Código Tributário Nacional.

Tomando a legalidade como pilar do âmbito tributário, é que para muitos dos estudiosos dessa matéria, entendem que é inviável a inclusão de norma antielisiva em nosso ordenamento jurídico, independentemente do tipo do condutor legislativo, pois não importa qual princípio constitucional seja utilizado como forma de sustentar o procedimento, pois nunca será possível anular o princípio da legalidade.

Não se pode obrigar ao contribuinte incorrer no fato gerador de tributo, se houver legítima possibilidade de praticar a elisão fiscal, que é segundo a melhor doutrina consistente na ação de atos jurídicos lícitos e válidos, antecedentes ao fato gerador com o objetivo de livrar-se ou apenas tornar menos onerosa a dívida tributária.

O objetivo central dessa inserção do parágrafo único ao art. 116 do CTN é muito discutível, pois sabemos que não é concedido ao contribuinte o direito de inibir ou esconder as ocorrências sujeitas a incidência fiscal, desde que se proceda com a utilização de recursos que o ordenamento jurídico torna possível.

Todavia, essa ação de economia de tributos não é vista pelo fisco de bom grado, mas constata-se o seguinte: “Se é certo que o contribuinte deve satisfazer suas obrigações tributárias, é igualmente certo que tem o direito de organizar os seus negócios de modo a pagar o menos possível ou, até, nada a pagar” (CARRAZZA, 2006, p. 468)

Para o professor Carrazza, o dispositivo inserido ao art. 116 do Código Tributário Nacional não é em si mesmo, inconstitucional, mas esta conduta resistente na aceitação dos chamados planejamentos tributários deixa presente no dispositivo um vício, pois caso seja interpretado pelas autoridades fiscais, como permissivo na aplicação de sanções aos contribuintes que porventura realizem negócios lícitos com intenção de diminuir o

pagamento do tributo ou que nada paguem. Ensina, ainda, que o melhor a se fazer quando estudarmos a norma em análise é enxergá-la como vedatória da simulação fiscal, conforme Alberto Xavier bem afirmou (Apud CARRAZZA, 2007, p. 469):

Em nossa opinião bem andou o Congresso Nacional em formular um novo parágrafo único do art. 116 do modo que o fez. Por um lado reiterou que a lei tributária não pode extravasar os limites da tipicidade, pois a declaração de ineficácia do ato simulado nada mais é que a tributação de um fato típico – o ato dissimulado -, em razão do princípio da verdade material, que o revela à plena luz. Mas, por outro lado, assegurou que, tendo restringido expressamente o âmbito da declaração de ineficácia ao mundo dos atos simulados, essa declaração de ineficácia não se estende a atos verdadeiros, ainda que de efeitos econômicos equivalentes aos atos típicos, fiscalmente mais onerosos e independentemente dos motivos que levaram as partes à sua realização.

Temos muitos doutrinadores que possuem entendimento de que o parágrafo único do art. 116 do CTN, como uma norma que visa evitar tão somente a evasão fiscal, que ocorre através da simulação ou dissimulação e não a elisão.

As limitações do planejamento tributário ainda se encontram por demais mascaradas pelo fisco. Contudo, a apuração das situações comumente sujeitas à incidência da chamada “norma geral antielisiva”, positivada por meio da LC 104/2001, mediante a inserção do parágrafo único no artigo 116 do CTN, são em parte conhecidas, pois sabemos que não de maneira nenhuma poderão ser intituladas como planejamento tributário válido a hipótese de evasão fiscal (ilicitude).

Noutro pórtico, a elisão fiscal, realizada por meios legítimos, sem que o provável contribuinte se valha de abuso de direito ou de forma jurídica, está plenamente autorizada na possibilidade do planejamento.

De outro modo, a interpretação do direito tributário se faz a partir das posições firmadas no campo da teoria geral da interpretação: a jurisprudência dos conceitos, a jurisprudência dos interesses e a jurisprudência dos valores.

As jurisprudências conceituais projetaram para o campo fiscal a interpretação formalista e conceptualista. A jurisprudência dos interesses se transformou na “chamada” interpretação econômica do fato gerador. A jurisprudência dos valores, que nas últimas décadas passou a prevalecer em todas as nações cultas, substituiu as duas outras ao atrelar a interpretação jurídica aos princípios éticos e jurídicos vinculados à liberdade, segurança e justiça.

Em síntese, a interpretação conceptualista, conhecida a partir da jurisprudência dos conceitos parte da convicção de que os conceitos e as categorias jurídicas aclaram a realidade social e econômica subjacente à norma, de modo que ao intérprete não cabe se preocupar com os dados conhecidos a partir de experiências vividas.

Torna-se aparente muitas vezes como interpretação sistemática ou lógico-sistemática, segundo a qual os conceitos e institutos devem ser compreendidos em consonância com o lugar que ocupam ou com o sistema de que promanam.

A jurisprudência dos conceitos, defende, no campo da fiscalidade, as teses do primado do direito civil sobre o direito tributário, da legalidade estrita, da ajuridicidade da capacidade contributiva, da superioridade do papel do legislador, da autonomia da vontade e do caráter absoluto da propriedade.

No XXIV Simpósio Nacional de Direito Tributário, realizado pelo Centro de Extensão Universitária, cujo tema foi o dos Direitos Fundamentais do Contribuinte, em discussão sobre a norma antielisão e o princípio da legalidade, transcrevemos algumas considerações realizadas pelo professor Plínio Marafon (*Apud* Rogério Lindenmeyer, 2009):

Há que se considerar, entretanto, a doutrina divergente que contempla a figura do “abuso de forma jurídica”, baseada no Código Tributário Alemão em seu § 42, assim redogido: ‘a lei tributária não pode ser fraudada através do abuso das formas jurídicas: sempre que ocorrer abuso das formas jurídicas: sempre que abuso, a pretensão de imposto surgirá, como se para os fenômenos econômicos tivesse sido adotada a forma jurídica adequada’.

Essa linha de raciocínio enseja a desconsideração das formas utilizadas considerando-se outras, caso aquelas não sejam “normais” e resultem em minoração de valores tributáveis, tudo com o escopo de tributar como se a forma considerada aplicável tivesse se realizado. Melhor esclarecendo, caracteriza-se a evasão fiscal quando é usado uma forma de direito privado com o fim de único e não comercial de economizar tributos.

Pensando assim, esbarramos com a disposição clara do direito positivo, mais especificamente no § 1º do art. 108, considerando-se ainda o disposto no art. 116, ambos do Código Tributário Nacional que guardam relação com os princípios constitucionais já aduzidos.

A teoria que também afasta a possibilidade da elisão fiscal é a da interpretação econômica segundo a qual considerar-se apenas os resultados econômicos para tributar, independentemente da forma jurídica adotada.

A teoria da interpretação econômica do fato gerador é oriunda do Direito Alemão, com sua criação atribuída a Enno Becker, e ensina que mesmo mediante a utilização de forma jurídica diferente, caso um certo negócio traga resultado igual ou equivalente a outro mais oneroso tributariamente, ambos deverão receber tratamento tributário igual. Esta teoria se baseia nos princípios da capacidade contributiva (cuja manifestação é igual nos negócios que obtém o mesmo resultado econômico) e da isonomia.

O Projeto do Código Tributário Nacional possuía disposição que viria a englobar a teoria, em seus estritos termos, ao direito brasileiro. O disposto no artigo 74 do projeto asseverava “a interpretação da legislação tributária visará sua aplicação não só aos atos,

fatos ou situações jurídicas nela nominalmente referidos, como também àqueles que produzam ou sejam suscetíveis de produzir resultados equivalentes.”

Ocasião em que a Comissão, liderada por Rubens Gomes de Sousa (1975), foi fornada para a elaboração do projeto do Código Tributário Nacional, que em seu relatório justificou a inclusão da disposição, nos seguintes termos:

O art. 74 dispõe que a interpretação da legislação tributária visará sua aplicação em função dos resultados, efetivos ou potenciais, dos atos, fatos ou situações jurídicas que sejam objeto de tributação, ainda que não nominalmente referidos na própria lei. A norma atinge, assim, um duplo objetivo: afasta o método superado da interpretação literal, e oriente a interpretação da lei tributária no sentido da pesquisa do conteúdo econômico das situações materiais ou jurídica que sejam objeto de tributação, segundo já o admite a jurisprudência (Revista Forense 141/309; Revista de Direito Administrativo, 23/67).

A verdade é que o projeto não chegou nem a ser votado; no entanto, serviu de alicerce para o Código Tributário Nacional vigente (Lei n. 5.172/66), razão pela qual a não adoção do dispositivo deverá servir de base interpretativa. Assim, o legislador, ao decidir pela não adoção da teoria da interpretação econômica expressada por meio do artigo 74, acima epigrafado, demonstrou nitidamente a sua intenção de não encampar ao direito tributário brasileiro o seu conteúdo.

Essa inclusão da teoria da interpretação econômica do fato gerador encontra certa reflexão, apesar de minoritária, na doutrina nacional, dentre eles os primeiros estudiosos de Direito Tributário no Brasil, como o já citado Rubens Gomes de Sousa (1975) e Amílcar de Araújo Falcão (1993, p. 76), para quem, ao Direito Tributário, interessa apenas a vontade empírica, in verbis:

O que interessa ao Direito Tributário é a relação econômica. Um mesmo fenômeno da vida pode apresentar aspectos diversos, conforme o modo de encará-lo e a finalidade que, ao considerá-lo, se tem em vista. Assim, em direito civil, interessam os efeitos dos atos e as condições de validade exigidas para a sua constituição ou formação. A conformação externa ao ato, pois, é que importa particularmente. Ao Direito Tributário só diz respeito a relação econômica a que esse ato deu lugar, exprimindo, assim, a condição necessária para que um indivíduo possa contribuir, de modo que, já agora, o que sobreleva é o movimento de riqueza, a substância ou essência do ato, seja qual for a sua forma externa.

Para os favoráveis a interpretação econômica do fato gerador a adoção da teoria resulta diretamente do princípio da capacidade contributiva, encontrado no Texto Constitucional por meio do art. 145, §1º, o qual afirma: “os impostos serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”. Nesse sentido, a teoria da interpretação econômica trata manifestações de riquezas equivalentes de forma igual, ignorando a forma como essa manifestação foi publicada.

Igualmente neste sentido, se aplica em relação ao princípio da isonomia tributária, que veda, segundo ordem constitucional (art. 150, II, CF), o estabelecimento pela União, Estados, DF e Municípios de “tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

Por seu turno, Marco Aurélio Greco (2004) entende que a norma constitui verdadeira cláusula antielisão, não se apresentando como antievasão, antielusão, antissimulação ou antiabuso, adotando como premissa a já citada eficácia positiva da capacidade contributiva.

Entre os simpatizantes da teoria encontra-se Marco Aurélio Greco (2004) que invoca, também, o art. 3º, inciso I, da CF que estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. O autor afirma, ainda, após uma análise topográfica da disposição das normas jurídicas no Capítulo do Sistema Tributário Nacional da Constituição Federal, que o legislador constituinte optou por separar “os princípios” das “limitações”, sendo os primeiros encampados nos artigos 145, 146 e 146-A, CF, e que abarcam, por exemplo, a capacidade contributiva e a uniformidade no ordenamento tributário. Já a legalidade, anterioridade, irretroatividade, vedação ao confisco seria, por estarem situadas na seção “Limitações do Poder de Tributar”, compreende “limitações”.

O autor Greco (2004, p. 60) afirma que “a legalidade não pode existir sem capacidade contributiva e a capacidade contributiva não pode existir sem a legalidade”. Contudo, afirma a “eficácia positiva da capacidade contributiva”, enquanto princípio, sendo negativas, por seu turno o que definiu como “limitações”.

A respeito da eficácia positiva, discorre o autor (GRECO, 1998):

Num primeiro momento, o princípio recebeu da doutrina e da jurisprudência, uma interpretação de caráter negativo no seguinte sentido: se a Constituição estabelece que existe um princípio, e determina que a tributação deve atender a capacidade contributiva, onde não houver capacidade contributiva, não poderá haver tributação. Daí falar-se em feição negativa do princípio. Se não há capacidade contributiva, a tributação não pode adentrar. A partir desta visão passou-se a aplicar o princípio da capacidade contributiva como um limite negativo à tributação.

Com o tempo, a discussão sobre o princípio da capacidade contributiva evoluiu e chegou-se a uma segunda feição, que é a feição positiva do princípio da capacidade contributiva. De acordo com essa ótica, se existe capacidade contributiva a lei tributária tem de alcançá-la até onde ela for detectada; ou seja, o princípio funciona como vetor do alcance da legislação. Em outras palavras a lei tributária alcança o que obviamente prevê, mas alcança não apenas isto, alcançando também, aquilo que resulta da sua conjugação positiva com o princípio da capacidade contributiva.

Diante disso, o mesmo reconhece a elevada importância e a relevância ao princípio da capacidade contributiva do que à legalidade e igualdade.

Cabe suscitar, no entanto, que a maioria dos doutrinadores nacionais são adeptos a corrente formalista que, em a grosso modo, visualizam o Direito Tributário como um regime excepcional, por isso a sua interpretação deveria ficar adstrita à literalidade dos termos legais, sendo autorizada ao Estado a exigência tributária apenas em casos expressamente consignados pela lei. Dentre os que concordam com essa corrente estão Alfredo Augusto Becker (2010), Alberto Xavier (2001) e Ives Gandra da Silva Martins (2001). Essa corrente, sobressaem-se a legalidade e a tipicidade como informadores maiores do sistema jurídico tributário.

O princípio da legalidade tributária, desde seu nascituro, implica no consentimento antecipado dos súditos ao pagamento dos tributos para a promoção do bem comum. No Estado Democrático de Direito a situação não é diferente; pelo contrário, ganha mais atenção, razão pela qual não se pode negar a qualidade do princípio como pedra fundamental sobre a qual se ergue todo o Direito Tributário e, por conseguinte, todo o Estado.

O aspecto assumido pelo princípio da legalidade na Constituição Federal de 1988 não pode ser desprezado; o legislador constitucional optou por prevê-lo de maneira genérica, como direito fundamental, em seu art. 5º, inciso II. Repetiu a legalidade como princípio a ser obedecido pela Administração Pública (art. 37) e trouxe disposição expressa no âmbito tributário, consignando a vedação à instituição ou majoração de tributo sem lei que preveja.

Somando ao preceptivo constitucional da legalidade tributária, têm-se o conhecido art. 97 do Código Tributário Nacional, que explicita o alcance do princípio e determina que todos os elementos necessários à definição de uma exação tributária (fato gerador, base de cálculo, alíquota, sujeito passivo e penalidade) sejam previstos em lei em sentido formal.

É possível concluir, a contrário sensu, que o Supremo Tribunal Federal é pela recepção do dispositivo complementar, haja vista que, em casos não previstos no artigo 97, tem dispensado a exigência de lei formal, como no caso de alteração do prazo para recolhimento do tributo, que, para a Corte, prescinde de lei formal (RE 250232 / SP, Relator Min. Moreira Alves, julgamento em 23/11/1999).

Sobre o princípio da legalidade tributária, leciona Roque Antonio Carrazza (2007, 260):

Os tipos tributários e tributários-penais não podem ser alargados por meio de manobras que custeiem os aludidos princípios (da tipicidade fechada e da estrita legalidade tributária). Os louváveis propósitos de aumentar a arrecadação e punir os infratores absolutamente não podem prevalecer sobre a segurança jurídica dos contribuintes. Em suma, em matéria tributária e tributário-penal, positivamente, é vedada a interpretação analógica in malam partem.

Também o agente fiscal, no exercício de suas funções, não pode converter-se em legislador, criando novas figuras típicas (penais ou tributária) ou novas sanções, além das rigorosamente apontadas na lei.

Para o autor Luís Eduardo Schoueri (2013, p. 295) mostra que, como corolário do princípio da legalidade, “diversos autores defendem a existência do Princípio da Tipicidade. No estudo doutrinário feito por Alberto Xavier, a ideia de tipicidade pode assumir três feições: (i) adequação típica; (ii) obrigação de cobrança e (iii) determinação normativa.” Apesar de citar o princípio da tipicidade cerrada, o autor aponta para a impropriedade da expressão, adotando a ideia de “determinação conceitual”.

Todavia, a teoria da interpretação econômica do fato gerador, como especial forma de consagração dos princípios da capacidade contributiva e da isonomia, bem como marcada pelo objetivo da solidariedade buscada pelo Estado brasileiro, parece bastante sedutora e os argumentos de seus defensores bastante sólidos.

Sem esquecer que o pagamento do tributo constitui dever fundamental, a evolução do estado brasileiro e o contexto histórico em que se insere a promulgação da Constituição Federal de 1988 – com um viés garantista evidente – parece atribuir maior destaque ao direito fundamental à propriedade, que somente pode vir a ser mitigado, no âmbito tributacional, em razão de autorização promovida nos limites do princípio da legalidade tributária. Neste passo, não se trata propriamente de abuso de forma jurídica, mas de negócios jurídicos válidos, produzindo efeitos típicos e que podem ser equiparados a outros de semelhantes consequências para fins tributários. Parece que essa previsão poderia ser incluída no direito positivo brasileiro, mas a sua aplicação não decorre diretamente da interpretação constitucional.

Além do mais, não se pode deixar de lado a tentativa de incorporação ao direito pátrio de dispositivo legal que expressava literalmente a teoria da interpretação econômica, com redação muito semelhante a que havia sido adotada pelo Código Tributário Alemão de 1977. A inexistência de normatização da hipótese, especialmente em virtude do afastamento do preceito constante do projeto, leva ao entendimento final de que a interpretação econômica do fato gerador não foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos não até os tempos de hoje.

Ressaltamos, outrossim, uma situação jurídica decorrente da teoria alemã acima esposada, o abuso de forma jurídica, que representa manifestação da teoria da fraude à lei, tendo por objetivo a situação em que “as partes, embora visando resultado econômico diverso, conscientemente adotam determinada forma jurídica e sujeitam-se aos seus efeitos de direito”, conforme definição de Rubens Gomes de Sousa.

Mais detalhada, trata-se da hipótese na qual os sujeitos envolvidos num negócio jurídico passível de determinada tributação, optam por utilizar outra forma jurídica expressamente adotada por outro ramo do direito, que lhes proporcione resultado similar, mas atípica, e ao mesmo tempo desvie da incidência tributária. Sampaio Dória (1977) e

Xavier (1973), como já mencionado anteriormente, definem o que aqui está sendo tratado como abuso de formas jurídicas como “negócio jurídico indireto”, advogando por sua legalidade e inclusão no conceito de elisão fiscal (lícita ou legítima).

Inclua-se que, de igual modo como aconteceu com a teoria da interpretação econômica do fato gerador, a proibição ao abuso das formas jurídica estava contemplada no Projeto do Código Tributário Nacional, que em seu artigo 84 assim dispunha:

Art. 84. Na conceituação de determinado ato, fato, ou situação jurídica, para efeito de verificar se configura ou não o fato gerador e de definir a alíquota aplicável, ter-se-á diretamente em vista o seu resultado efetivo, ainda quando não corresponda ao normal em razão da sua natureza jurídica, com o objetivo de que a resultados idênticos ou equivalentes corresponda tratamento tributário igual.

Parágrafo único. Por exceção ao disposto neste artigo, são devidos independentemente da efetividade ou permanência dos resultados do respectivo fato gerador:

I – As taxas;

II – os impostos cujo fato gerador seja a celebração de negócio, a prática de ato, ou a expedição de instrumento, formalmente caracterizados na conformidade do direito aplicável segundo a sua natureza própria.

Ainda, durante a realização dos trabalhos na Comissão Especial formada para a elaboração do Projeto do Código Tributário Nacional, Rubens Gomes de Sousa relatou o seguinte sobre o preceptivo:

O art. 84, oriundo do art. 129 do Anteprojeto, traça a regra básica da interpretação econômica dos fatos geradores em função de seus resultados, em termos correspondentes àqueles porque o art. 74 estabelece a mesma regra para a interpretação da lei tributária. As sugestões formuladas ao art. 129 do Anteprojeto foram analisadas a propósito do art. 74 do Projeto, que tem a mesma origem (supra: 80). O § único do art. 84 (Anteprojeto, art. 138), consagra as mesmas exceções que o §2º do artigo anterior, preservando assim a coerência do sistema.

Entretanto, como já explanado, a redação original do Código Tributário Nacional aprovada não contemplou o preceito acima transcrito, permitindo denotar por sua rejeição no âmbito normativo interno. Em contrapartida, a Lei Complementar n. 104 de 2001 procedeu com o acréscimo do parágrafo único ao art. 116 do CTN, permitindo que a autoridade administrativa venha promover a desconsideração de “atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

É possível dizermos que, a introdução do dispositivo estudado se apresenta como clara positivação da vedação ao abuso das formas jurídicas, especialmente em razão do teor da exposição de motivos encaminhada juntamente como o Projeto de Lei que redundou na aprovação da LC 104/2001.

Da mensagem do Ministro da Fazenda contou o seguinte:

VI – A inclusão do parágrafo único do art. 116 faz-se necessária para estabelecer, no âmbito da legislação brasileira, norma que permita à autoridade tributária desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de elisão, constituindo-se dessa forma, em instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito.

Em sentido contrário, Sacha Calmon Navarro Coêlho (2007) vê uma verdadeira cláusula antissimulação e, por tal razão, seria um dispositivo desnecessário afirmando que o preceito incluído “chove no molhado”, pois tal situação já estaria abarcada pelo que determina o artigo 149, inciso VII, do CTN. No mesmo sentido, é a posição de Alberto Xavier (2002).

E, para Marco Aurélio Greco (2004) a norma constitui verdadeira cláusula antielisão, não se apresentando como antievasão, antielusão, antissimulação ou antiabuso, adotando como premissa a já citada eficácia positiva da capacidade contributiva.

Para a compreensão da natureza jurídica do parágrafo único do artigo 116 do CTN, devemos analisar as disposições da Medida Provisória n. 66 de 2002 que, muito embora não tenham sido convertidas em lei, pode nos ajudar a melhor compreender o alcance da norma acrescida ao CTN. Eis o teor de seus arts. 13 e 14:

PROCEDIMENTOS RELATIVOS À NORMA GERAL ANTI-ELISÃO

Art. 13. Os atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador de tributo ou a natureza dos elementos constitutivos de obrigação tributária serão desconsiderados, para fins tributários, pela autoridade administrativa competente, observados os procedimentos estabelecidos nos arts. 14 a 19 subsequentes.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não inclui atos e negócios jurídicos em que se verificar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 14. São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I - falta de propósito negocial; ou

II - abuso de forma.

§ 2º Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado. (grifos nosso)

Percebe-se, a partir do diploma legal que tentou-se regulamentar a chamada norma geral antielisiva, bem como pela exposição de motivos da LC 104/2001 acima transcrita é possível mensurar o alcance da norma, justamente de acordo com a doutrina alemã do abuso de forma jurídica, pelo que se pode concluir que o preceito tem por objetivo a desconsideração de atos que tenha sido praticado mediante a utilização de forma jurídica atípica, descurada do resultado econômico pretendido.

Desta forma, encontram-se ultrapassadas as proposições que consideram o art. 116, parágrafo único, do CTN como norma geral antievasão, antissimulação (em razão da expressa consignação no texto da MP 66/2002, que suas disposições não se aplicam aos casos de dolo, fraude ou simulação), bem como também não se mostra como uma norma geral antielisão no sentido restrito da expressão, pois sua aplicação se atém aos atos e negócios jurídicos praticados com abuso de forma e desprovidos de propósito negocial.

Parcela da doutrina pátria tece crítica a adoção desse entendimento, na qual se situa Alberto Xavier (2001), aduzindo a violação aos princípios da legalidade e tipicidade (na linha exposta quando se tratou da interpretação econômica), da livre iniciativa, da liberdade econômica e da liberdade de contratar.

Não obstante as críticas, ainda que considerados os direitos invocados como fundamentais, é provável que estes não são absolutos e encontram seus limites na própria Constituição Federal que certamente, em sua essência, não engloba circunstâncias de abuso de forma e de direito, com a intenção explícita de corromper o dever fundamental ao pagamento de tributos.

Após análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do RE 429.306, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 1º-2-2011, Segunda Turma, DJE de 16-3-2011, no qual houve o reconhecimento da constitucionalidade da exclusão legal do arrendamento mercantil do regime de admissão temporária, podemos, portanto, dizer que a Lei Complementar nº 104/2001 encampou ao direito brasileiro a doutrina do abuso de formas jurídicas, bem como que a norma geral prevista no artigo 116, parágrafo único, do CTN se constitui em verdadeira cláusula antielisão, conforme veremos mais adiante.

É de todo oportuno explicarmos, ainda, que passados alguns anos as formas de interpretação acima citadas, que apontam para a possibilidade ampla ou ainda a não aceitação da elisão fiscal, encontram-se perdendo território para o modelo de interpretação valorativa do direito tributário.

Para Ricardo Torres Lobo (2002, texto digital) expressou crítica muito rígida.

O conceptualismo levou ao abandono da consideração da situação econômica e social e à convicção ingênua de que a letra da lei tributária capta inteiramente a realidade, posto que existe a plena correspondência entre linguagem e pensamento. A tal interpretação econômica transformou-se na defesa do incremento da arrecadação do Fisco, por se vincular à vetente da atividade arrecadatória do Estado.

Esta forma de interpretação é conhecida como a corrente que mais se identifica com o ordenamento jurídico nacional, sobre a qual a doutrina e jurisprudência especializada apontam a sua atenção, reinterpretando as normas tributárias na busca das finalidades encontradas na Constituição Federal de 1988.

Considerando o destaque atribuído a teoria da interpretação valorativa, através da nova ótica sistêmica, tem-se, de maneira aliada a esta, o reconhecimento do pluralismo metodológico, segundo o qual:

[...] os métodos são aplicados de acordo como caso e com valores insitos na norma: orasse reconhece o método sistemático, ora o teleológico, ora o histórico, até porque não são contraditórios, mas se completam e intercomunicam (LOBO TORRE, 2000, p. 206)

E com base, nessa nova forma pós positivistas de interpretação das normas sobre tributos que se fundem os argumentos trazidos com relação à importância e função dos princípios, ideais de afirmação do Estado Democrático de Direito, acrescidos ainda da relevância da técnica que faz parte dos valores jurídicos.

Por fim, compreende-se que, nos termos do art. 114 do CTN, “o fato gerador da obrigação tributária é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”, bem como o art. 108, §1º, do diploma legal, “o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”, assim, na forma que atualmente preconiza o direito positivo, a melhor doutrina parece estar com os doutrinadores formalistas.

3.1 ELISÃO, EVASÃO E ELUSÃO FISCAL

Como já visto, o adimplemento de tributos constitui dever fundamental a submeter a todos os cidadãos de maneira uniforme, constituindo prática essencial ao desempenho das atividades estatais, especialmente a função de garantidor dos direitos fundamentais. Por outra visão, a tributação deve ser justa, em cumprimento aos ditames constitucionais, especialmente aos princípios da legalidade, da capacidade contributiva e da isonomia.

Além disso, é concedida ao sujeito passivo a organização de suas atividades, nos limites definidos na legislação, ou na margem de permissividade por ela deixada, a fim de que o seu desenvolvimento venha a resultar no menor ônus tributário possível, seja afastando, reduzindo ou atrasando a obrigação tributária, como decorrência de um planejamento que vise à minoração de custos e a maximização de riquezas produzidas.

A partir dessa explanação, passa-se à análise dos termos mais utilizados para definir as práticas das quais o contribuinte tem se valido na ânsia de afastar, reduzir ou postergar os efeitos da tributação.

Sabemos que a doutrina ainda não apresenta um só canto acerca da nomenclatura nem dos critérios para a separação dos conceitos que, em alguns casos, chegam a tomar sentidos completamente opostos.

Para Hugo Machado de Brito (2001) a utilização do termo evasão deve ser para narrar o comportamento lícito do contribuinte, e a palavra elisão seria usada para conceituar as ações ilícitas do contribuinte na tentativa de se livrar do pagamento de tributos. E para Heleno Torres (2001) o termo elisão seria indevido, propondo nova nomenclatura, a “elusão”.

Os conceitos dos institutos da elisão e evasão fiscais não são de todos unânimes, mas destacamos que a ideia predominante constitui a elisão fiscal como forma de economia lícita de tributos, e a evasão fiscal seria a sonegação ou simulação que pode ser subdividida em absoluta ou relativa, sendo esta derradeira também denominada de dissimulação.

Em suma, a Elisão Fiscal se traduz como prática de atos lícitos, anteriores à incidência tributária, almejando a economia legal de tributos, seja impedindo-se a ocorrência do fato gerador, seja excluindo-se o contribuinte do âmbito de abrangência da norma ou ainda se reduzindo a quantidade de tributos a pagar.

No sentido contrário à Elisão, temos a Evasão Fiscal que compreende a prática, simultânea ou posterior a incidência tributária, na qual se utiliza meios ilícitos, quais sejam, a fraude, sonegação e simulação, para não pagar tributo.

Atualmente o fisco se utiliza de dois critérios para diferenciar ou identificar corretamente qual a conduta praticada pelo contribuinte, sendo estes o cronológico e a licitude dos meios usados para obter o resultado desejado.

Para alguns, a forma de distinção mais eficaz entre evasão e elisão seria o utilizando-se do critério cronológico, sendo caracterizada a elisão sempre que os atos tendentes a minimizar ou neutralizar a tributação sejam realizados antes da ocorrência do fato gerador; caso sejam posteriores, se estará diante de evasão fiscal.

Logo, no critério cronológico a elisão sempre ocorre antes da incidência tributária, já a prática da evasão fiscal se dá com a ocorrência do fato gerador, ou após esta. Esse método objetivo de distinção foi inserido em nosso país por Rubens Gomes de Souza (*apud* COÊLHO, 1998) que descreveu nos seguintes traços:

O único critério seguro (para distinguir a fraude da elisão) é verificar se os atos praticados pelo contribuinte para evitar, retardar ou reduzir o pagamento de um tributo foram praticados antes ou depois da ocorrência do respectivo fato gerador: na primeira hipótese, trata-se de elisão; na segunda trata-se de fraude fiscal.

Como bem sabemos a obrigação de pagar tributo é imposta por força de lei, e o crédito tributário a favor do Estado surge tão-somente com a ocorrência do fato gerador. Nesse passo, caso se evite a ocorrência prevista na norma jurídica, o fisco não poderá tributar o contribuinte, visto que este não terá praticado o ato que a lei qualifica como fato gerador do dever de pagar tributo.

Assim, constata-se que os atos elisivos, ou seja, lícitos, sempre deverão anteceder a ocorrência da hipótese de incidência *in concreto*.

Narciso Amorós (*apud* COELHO, 1998, p. 175) definiu os institutos da elisão e evasão, à luz de seu momento de ocorrência: “A elisão para nós é não entrar na relação fiscal. A evasão é sair dela. Exige, portanto, estar dentro, haver estado ou podido estar em algum momento.”

Hermes Marcelo Huck (2001) entende que o uso exclusivo do critério cronológico ou temporal é insuficiente para a realização da distinção entre evasão e elisão fiscais, citando como exemplo o caso de emissão de nota fiscal adulterada por um comerciante que, apesar de ter sido realizado antes da ocorrência do fato gerador do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação – ICMS, caracteriza-se como típica hipótese de evasão ou fraude fiscal. Partindo neste sentido, a Doutrina conservadora considera, além do aspecto cronológico, o da legitimidade dos meios utilizados para a correta caracterização da elisão ou evasão fiscal.

O critério da licitude dos meios escolhidos pelos contribuintes deve ser analisado juntamente com o aspecto cronológico, visando a análise da consonância com o ordenamento jurídico das ações do contribuinte. Pois bem, na elisão fiscal sempre serão utilizados meios lícitos, noutro lado, a evasão fiscal adota sempre os meios ilícitos, como já citado, são eles a fraude, sonegação e a simulação. Com base nos princípios da legalidade e especificidade conceitual fechada, será lícita toda e qualquer conduta que busque a economia no pagamento dos tributos, desde que não vedada pela legislação vigente.

Por sua vez, o Professor Geraldo Ataliba (2009) parte da divisão da evasão em lícita ou ilícita. Para o escritor na evasão ilícita o sujeito passivo deixa de pagar o tributo ou o faz em montante inferior ao devido, valendo-se de práticas ilícitas ou fraudulentas. Já na evasão lícita – assimilável à elisão – o contribuinte vislumbra a possibilidade da tributação e se prevenindo atingindo o mesmo fim valendo-se de outros meios lícitos.

O Mestre Antonio Roberto Sampaio Dória (1977) em sua famosa obra classifica, a evasão fiscal em omissiva e comissiva. Sendo a primeira denominada como imprópria e por inação; a segunda em ilícita ou lícita ou legítima. Para ele a evasão fiscal imprópria e por inação não geram prejuízos à arrecadação tributária, com exceção das hipóteses em que há sonegação.

A modalidade imprópria se configura pela abstenção do contribuinte na prática de fato imponible por ele conhecido, com o objetivo de lograr resultado econômico mais vantajoso. Sob essa visão, a situação é diferente da elisão, pois nesta o contribuinte busca se valer de formas previstas em Direito Civil, enquanto naquela simplesmente nada faz (omissão). Assevera estar incluída nessa forma de evasão a transmissão do ônus tributário ocorrente nos tributos indiretos, mediante a transferência do encargo econômico (e jurídico) do contribuinte de direito para o contribuinte de fato.

No caso da evasão por inação verifica-se após a ocorrência do fato gerador e pode resultar em lesão aos cofres públicos. Pode ser intencional ou não; a ausência

de intenção do sujeito passivo ser verificada em hipótese de ignorância de sua condição, esquecimento, ou mesmo desconhecimento da lei. Enquadra-se na hipótese, também, a omissão decorrente do descumprimento das obrigações acessórias, como a prestação de informações solicitadas pela autoridade fiscal e a desídia na entrega de declarações.

Considerando que a evasão por inação seja realizada de maneira deliberada pelo sujeito passivo, estará sujeito a configuração de prática do crime de sonegação fiscal, ou redundar em ausência ou atraso no pagamento do tributo, situações sujeitas a punições mais rígidas.

Ainda nesse contexto, temos a evasão fiscal sob a perspectiva comissiva, já supramencionada, pode ser, segundo Sampaio Dória (1977), ilícita ou lícita. A ação ilícita consiste em ato voluntário do sujeito passivo com a intenção evidente de se furtar do ônus tributário, mediante a utilização de meios ilícitos, que redundem na supressão, redução ou atraso da exação fiscal. Caso tais objetivos sejam perseguidos com a utilização de meios lícitos e prévios, estar-se-á diante da evasão lícita, equiparada pelo autor a elisão ou economia fiscal.

Observa-se que a figura da evasão por inação intencional difere da evasão ilícita em razão da natureza da conduta: na primeira omissiva, enquanto na segunda comissiva.

A elisão fiscal é classificada, também, por Sampaio Dória, subdividindo-a em elisão induzida pela lei, caracterizada na hipótese em que o contribuinte não precisa alterar a forma de condução de seus negócios, mas apenas adotar o benefício legalmente previsto, e elisão decorrente de lacuna na lei, que seria a autêntica elisão fiscal, permitindo o sujeito passivo se moldar dentro do espaço deixado pela legislação.

Após o conhecimento de algumas dessas definições e nomenclaturas, a melhor doutrina já é pacífica quanto a adoção conjunta de dois critérios: o aspecto temporal, ou seja, se a conduta foi realizada antes ou depois da ocorrência do fato gerador, salientando, como já destacado, que tal critério é adotado não de forma absoluta, mas mediante análise da prevalência das situações; e mediante a análise da licitude dos meios utilizados. Em suma, tem-se utilizado a expressão elisão, para caracterizar meios preventivos e lícitos de desoneração tributária e evasão para ações ou omissões ilícitas promovidas em momento posterior a ocorrência do fato gerador, com objetivo de disfarçá-lo, maquiá-lo ou reduzi-lo.

A evasão fiscal é a realização da economia do tributo almejada pelo contribuinte, que tem por objetivo acobertar ou esconder um fato gerador efetivamente ocorrido, ou na sabida iminência de ocorrer, por meio da realização de negócios simulados ou fraudulentos.

Quando isto ocorre não há outra providência a ser tomada pela autoridade fiscal, senão a desconsideração dos negócios ilícitos, pois, em verdade, o fato gerador da obrigação tributária ocorreu e pode ser integralmente perquirido, exigindo apenas a retirada da “máscara” colocada pelo contribuinte na intenção de retirá-lo do âmbito de incidência do tributo.

Assim, entende-se a partir dos ensinamentos do Professor Sacha que somente a partir da junção de ambos os critérios acima estudados, teremos de forma efetiva distinguido com eficiência entre atos que correspondem à elisão fiscal e outros que se mostram como prática de evasão fiscal, conforme transcrito:

Tanto na evasão comissiva ilícita como na elisão fiscal existe uma ação do contribuinte, intencional, com o objetivo de não pagar ou pagar tributo a menor. As diferenças: (a) a natureza dos meios empregados. Na evasão ilícita os meios são sempre ilícitos (haverá fraude ou simulação de fato, documento ou ato jurídico. Quando mais de um agente participar dar-se-á o conluio). Na elisão os meios são sempre lícitos porque não vedados pelo legislador; (b) também, o momento da utilização desses meios. Na evasão ilícita a distorção da realidade ocorre no momento em que ocorre o fato jurígeno-tributário (fato gerador) ou após sua ocorrência. Na elisão, a utilização dos meios ocorre antes da realização do fato jurígeno-tributário, ou como aventa Sampaio Dória, antes que se exteriorize a hipótese de incidência tributária, pois, opcionalmente, o negócio revestirá a forma jurídica alternativa não descrita na lei como pressuposto de incidência ou pelo menos revestirá a forma menos onerosa. (COELHO, 1998, p. 174).

É certo que os casos de evasão fiscal ficam claros nas situações que envolvem a omissão de receitas tributáveis, seja por pessoas físicas ou jurídicas, exemplo em que o fato gerador ocorreu – a percepção do rendimento sujeito à incidência do tributo – cujo alcance foi subtraído do fisco por meio de uma ação ilícita, qual seja, a omissão do rendimento na declaração legalmente exigida, levando à supressão ou a redução da exação tributária.

Para André Mendes Moreira (2003, p. 5), são formas para a caracterização da evasão fiscal a sonegação, a fraude e a simulação, institutos definidos por ele nos seguintes termos:

Sonegação: ocultação (de rendimentos na declaração de imposto de renda, *verbi gratia*) que leva ao pagamento de tributo a menor;

Fraude: do latim *fraudis* (má-fé, engano), corresponde a atos tais como adulteração ou falsificação de documentos, através dos quais o contribuinte furta-se ao pagamento de tributo devido por lei.

Simulação: pode ser absoluta (finge-se o que não existe) ou relativa (dissimulação: sob o ato ou negócio praticado jaz outro negócio, oculto, que corresponde a real vontade das partes).

Quando utilizamos um exemplo simples a simulação fica evidente, porém, no dia a dia, como no caso da realização de uma operação de compra e venda de bem imóvel, em que a transação real foi realizada por determinado valor, porém no título consta valor inferior para que a base de cálculo do ITBI seja reduzida, bem como o ganho de capital da parte contrária igualmente incida sobre cifra menor.

São a partir de situações como a do exemplo acima encontram solução desde a edição do Código Tributário Nacional - CTN (Lei n. 5.172/66) que permite, ou melhor, impõe à autoridade fiscal a realização do lançamento e a revisão do lançamento de ofício, “quando

se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação” (art. 149, inciso VII, do CTN).

Portanto, diante de situações próprias a caracterizar evasão fiscal, seja por meio de fraude, simulação ou dolo, institutos fundados em ilicitudes, à autoridade administrativa não tem outra saída, senão investigar a real forma e quantidade na qual se deu a ocorrência do fato gerador e efetuar o lançamento do tributo tomando por base os elementos fáticos sobre os quais pesam as ilegalidades do sujeito passivo.

Claro que, o comportamento resultante na evasão fiscal (como visto, chamada por alguns autores de evasão ilícita) não pode estar abarcado na definição de planejamento tributário dos contribuintes, pois este se constitui na faculdade da pessoa física ou jurídica se organizar, de maneira lícita, para que se sujeite a ônus tributário reduzido. Trata-se, por conseguinte, de instituto que consagra a elisão fiscal.

Passado a análise das posições doutrinárias realizadas acerca do alcance dos termos que envolvem as condutas dos contribuintes tendentes à redução de sua carga tributária, escolhe-se, aqui, a definição de elisão fiscal como sendo resultante de atividade lícita desenvolvida pelo sujeito passivo do tributo, em geral realizada anteriormente à ocorrência do fato gerador, e que o conduza a uma desoneração tributária.

Ainda utilizando como base os ensinamentos do Professor Sacha Calmon Navarro Coelho (2007, p. 681), atemos que para determinada situação seja intitulada no conceito de elisão fiscal, se faz necessário a presença de três pressupostos:

No caso das práticas lícitas visando ilidir impostos ou economizar impostos (tax planning) são pressupostos: a) a existência de um negócio típico tributado que o contribuinte quer evitar; b) a possibilidade de um outro negócio ou negócios lícitos, chamados de determinativos e indiretos, efetivamente praticados pelo contribuinte para evitar ou diminuir a carga fiscal; c) a impossibilidade de se aplicar penalidades ao contribuinte, eis que este nenhum ato ou negócio ilícito praticou.

Nessa linha, para o doutrinador supracitado, é necessário para que a conduta seja de fato elisiva, antes da sua ação ou omissão, o sujeito passivo deverá visualizar a possibilidade de realização de uma transação que estaria sujeita à tributação indesejada, que esse negócio possa ser realizado de outra forma, menos dispendiosa do ponto de vista tributário, possibilitada pela lei (negócio jurídico indireto) e que não esteja sujeito a nenhuma penalidade (requisito que decorre da ausência de ilicitude).

Alberto Xavier (1973), bem como Sampaio Dória (1977), têm posição semelhante à de Sacha Calmon, na medida em que consideram a “categoria jurídico-dogmática” da elisão ou economia fiscal como sendo de “negócio jurídico indireto”.

É oportuno se ater, no entanto, que os três autores se valem de conceito ampliativo de elisão fiscal, englobando situações que se assemelham à evasão tributária em sentido estrito ou de abuso de formas jurídicas, na lição de Amílcar de Araújo Falcão (2002). Para

aqueles autores, desde que o negócio jurídico indireto seja eleito dentre as possibilidades legais, ainda que ausentes de qualquer propósito negocial.

Sob esse olhar, estariam englobados no conceito de elisão fiscal – e portanto, de presumida licitude – a realização de um negócio jurídico que, caso isoladamente considerado, estaria em plena consonância com a lei. Entretanto, visto mais de perto, com base nos fatos que justificaram sua celebração, estaria em dissonância com a realidade econômica envolvida. Esses exemplos levaram à divisão doutrinária entre a elisão lícita e a elisão ilícita, ineficaz ou abusiva, criando uma ligação com a própria definição do instituto.

A elisão lícita, forma padronizada e comumente utilizada da elisão tributária, como já dito, pode ser induzida pela própria lei que permite e até estabelece um caminho de menor ônus ao contribuinte, como por exemplo, no caso da possibilidade de opção do contribuinte do IRPF pelo “desconto simplificado” em sua base de cálculo, em razão de autorização legal de dedução presumida de despesas.

Adequa-se da mesma forma, na hipótese de elisão lícita, as situações em que o contribuinte atua no espaço, na lacuna deixada pela lei que é impossibilitada de prever exaustivamente as possibilidades do mundo fenomênico. Esse arbítrio do sujeito passivo, no entanto, encontra limites no abuso de direito e no abuso de forma jurídica, conforme será melhor delineado.

Rutnéa Guerreiro (*Apud* Moreira, 2003) esclarece que a natureza da figura jurídica:

Negócio indireto é, então, aquele ao qual às partes recorrem e a cuja forma e disciplina se submetem com o objetivo de alcançar, consciente e consensualmente, finalidades lícitas outras das que lhe são típicas, e que se caracteriza por ser:

- **Verdadeiramente querido pelas partes;**
- **Utilizado para alcançar um fim diverso daquele que é típico do negócio adotado;**
- **Realizado segundo a forma e a disciplina jurídicas próprias do negócio adotado, às quais se sujeitam as partes, suportando todos os seus efeitos;**

Concernente à elisão “ilícita, ineficaz ou abusiva”, o contribuinte, sabendo que praticará por meio de determinado negócio jurídico o fato gerador de obrigação tributária, vislumbra a possibilidade de se esquivar da tributação, ou reduzi-la, desde que mediante a celebração de uma forma jurídica que, naturalmente, não se prestaria para a operação, mas, no entanto, atende aos seus anseios de forma satisfatória. Esse negócio jurídico considerado indireto tem por escopo único e exclusivo o desvio da hipótese de incidência, não sendo utilizado para a obtenção dos resultados que normalmente lhe seriam próprios, ou desprovido de propósito no mundo dos negócios.

Essa temática é explanada e adotada por Ricardo Lobo Torres (2012, p. 24):

A tese da ilicitude da elisão, hoje em refluxo, defenderam-na os adeptos da consideração econômica do fato gerador e da autonomia do direito tributário, já que constituiria abuso de forma jurídica qualquer descoincidência entre a roupagem exterior do negócio e o conteúdo econômico que lhe corresponde; entre seus defensores destacou-se Amílcar de Araújo Falcão. Posições teóricas atuais como a jurisprudência dos valores e o pós-positivismo aceitam o planejamento fiscal como forma de economizar imposto, desde que não haja abuso de direito; só a elisão abusiva ou o planejamento inconsistente se tornam ilícitos; autores estrangeiros como Tipke/Lang defendem esse ponto de vista, que aos poucos vai chegando ao Brasil e se positivou no art. 116, parágrafo único do CTN, na redação da LC n. 104/2001.

Com a permissão dos ilustres juristas que adotam a encampação da hipótese aos casos de planejamento tributário lícito, ocasiões em que a única finalidade da forma jurídica escolhida é o distanciamento ou a redução da tributação acabam, de uma forma ou de outra, redundando em fraude à lei, pois, na maioria dos casos, não se está diante de várias formas opcionais para se chegar ao mesmo fim, mas frente ao uso de um aspecto diverso do negócio realmente desejado. Visando caracterizar a elisão ineficaz sob ótica diversa da elisão – que como citado, presume uma conduta lícita, Heleno Taveira Tôres (2003, p. 189) a classifica como elisão fiscal:

[...] o fenômeno pelo qual o contribuinte, mediante a organização planejada de atos lícitos, mas desprovidos de causa (simulados ou com fraude à lei), tenta evitar a subsunção de ato ou negócio jurídico ao conceito normativo do fato típico e da respectiva imputação da obrigação tributária. Em modo mais amplo, elusão tributária consiste em usar negócios jurídicos atípicos ou indiretos desprovidos de causa ou organizados como simulação ou fraude à lei, com a finalidade de evitar a incidência da norma tributária impositiva, enquadrar-se em regime fiscalmente mais favorável ou obter alguma vantagem fiscal específica.

Entende-se a partir da definição, destacada, que os conceitos de elisão ineficaz, abusiva ou ilícita coincidem com o conceito trazido pelo jurista de elusão fiscal, dizendo respeito às situações em que o sujeito passivo utiliza uma forma jurídica anormal (abuso de forma), forma jurídica incabível à situação de fato (abuso de direito) ou uma forma jurídica simulada.

Diante dos ensinamentos já vistos, a elusão fiscal na posição de Xavier e de Sampaio Dória seria provável de ser inserida num planejamento tributário válido. Todavia, pelo viés apontado por Heleno Torres, há de se verificar a sua inclusão nas hipóteses de planejamento tributário válido, e, com isso, sua submissão à chamada norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único, do CTN, com redação pela LC 104/2001).

Isso porque, segundo alguns juristas esse dispositivo autoriza o fisco a desconsiderar os atos dos contribuintes que, porventura, se utilizem da simples economia de impostos (negócio indireto).

Contrapartida, a doutrina majoritária compreende que a norma em estudo não autoriza os órgãos fazendários a adotarem a “interpretação econômica do direito tributário” como já delineada.

4 | LIMITES CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Inicialmente se faz necessário descrever o conceito de sistema tributário segundo o ilustre doutrinador Roque Carrazza, “ é a reunião ordenada de várias partes que forma um todo, de tal sorte que elas se sustentam mutuamente e as últimas explicam-se pelas primeiras. As que dão razão às outras chamam-se princípios, e o sistema é tanto mais perfeito quanto em menor número existam” (2007).

A partir do conceito trazido extrai-se que o sistema aqui estudado é o conjunto de normas de ordem constitucional e infraconstitucional, que de forma mutua disciplinam a atividade do Estado no que se refere a instituir, arrecadar e fiscalizar os tributos.

Existem quatro pilares nos quais todo o desenvolvimento tributário nacional, deve obrigatoriamente, respeitar. São eles: Os princípios constitucionais, a repartição das receitas tributárias, as competências tributárias e as espécies tributárias.

Todo o detalhamento do sistema encontra-se no Código Tributário Nacional – CTN, em seus artigos 145 a 162 e 195/195, e na Constituição Federal está a regra geral no qual os pilares supramencionados se baseiam.

A administração tributária constitui-se em um conjunto de ações, integradas e complementares entre si, que visam garantir o cumprimento pela sociedade da legislação tributária e que se materializam numa presença fiscal ampla e atuante, quer seja no âmbito da facilitação do cumprimento das obrigações tributárias, quer seja na arrecadação dos tributos.

Essas atividades aparam-se na normatização da legislação tributária, num conjunto integrado de sistemas de informação, alimentados por informações cadastrais, concedidas ao fisco pelos contribuintes ou por terceiros, mediante a apresentação de diversos tipos de declarações.

Importante se faz esclarecer que, de acordo com disposto no art. 37, XXII da Carta Magna Brasileira, as administrações tributárias dos entes federativos são atividades essenciais ao Estado, devendo, portanto, ser exercida por servidores de carreiras específicas.

Desse modo, todos os atos que integram o Programa da Administração Tributária representam um fluxo único de trabalho, voltado para a obtenção de basicamente dois resultados: a arrecadação aos cofres da União de tributos e o controle fiscal e aduaneiro do comércio exterior.

Nesse sentido, não cabe realizar distinção uma ou outra ação do programa como de maior relevância para a consecução de seus objetivos, visto que esses derivam de todo um conjunto de ações e atividades desenvolvidos pela Receita Federal.

A fiscalização tem por objetivo a aplicação correta e adequada da legislação tributária vigente, devendo o fisco exigir do sujeito passivo da obrigação tributária o cumprimento das normas pertinentes, podendo para tanto, examinar mercadorias, documentos, livros, arquivos, papéis e tudo mais que se fizer necessário para a efetiva fiscalização.

A competência das autoridades administrativas em matéria de fiscalização é regulamentada pela legislação tributária. Assim como a validade dos atos jurídicos em geral exige a capacidade de quem a competência da autoridade ou agente público, conforme ensinamentos de Hugo de Brito Machado (2009).

Sabe-se que objetivo da fiscalização de tributos é a de elevar a percepção de risco do contribuinte faltoso, aumentando, assim, o nível de cumprimento voluntário das obrigações tributárias e conseqüentemente, resulta no incremento da arrecadação.

O Sistema Tributário Nacional, além de se apresentar extremamente complexo, impõe aos contribuintes uma das maiores cargas tributárias do mundo. Essa característica é marcante da nossa estrutura arrecadatória, vem, na atual economia globalizada, onde a concorrência, interna ou externa, é acirrada, que prejudica a competitividade nacional, pois esse sistema trincado acaba por prejudicar o controle eficiente dos custos, essencial para a manutenção da competitividade nas transações comerciais.

O cenário em que a Administração Tributária atua, isto é, onde exerce a detração fiscal, está solidificada na sujeição dos contribuintes às normas tributárias, e a economia privada. Esta relação com a realidade econômica reveste a Administração Tributária de características que a singularizam dos outros segmentos da gestão estatal.

Este ramo da Administração Pública exerce atividade voltada para a fiscalização e arrecadação tributária, dando forças ao procedimento que objetiva verificar o cumprimento das obrigações tributárias, praticando, quando for o caso, os atos tendentes a deflagrar a cobrança coativa e expedir as certidões comprobatórias da situação fiscal do sujeito passivo. (HARADA, 2002). Tem por principal função coordenar a aplicação das leis tributárias, otimizando o potencial de exação do ente tributante. Na maioria dos países, as Administrações Tributárias abarcam quatro macros funções básicas, quais sejam:

- **Fiscalização – programação das atividades de fiscalização, aperfeiçoamento das técnicas de fiscalização, auditorias e controles fiscais;**
- **Tributação – elaboração de normas e procedimentos tributários, aplicação da legislação tributária, contencioso fiscal e consultas;**
- **Arrecadação – previsão da receita, aperfeiçoamento das técnicas de arrecadação, controle de lançamentos de créditos tributários, controle dos agentes arrecadadores e cobrança administrativa;**

- **Informações econômico-fiscais – programação, registro e armazenamento de informações econômico-fiscais, controle dos cadastros de contribuintes e controle de documentos fiscais.**

Essas são as chamadas macrofunções, em uma visão sistêmica, se interrelacionam e são interdependentes. Sua viabilidade, portanto, reside no funcionamento equilibrado e harmônico do processo.

Desde os anos 90, alguns desses deveres, basicamente relacionados com a arrecadação e cobrança, têm sido terceirizadas em alguns países, porém, é consenso internacional que as funções de fiscalização, tributação e informação não podem ser dissociadas e são privativas de funcionários fiscais do setor público.

A maioria dos estudiosos no mundo acha que a privatização de funções do fisco é um erro, inclusive Vito Tanzi (FMI), que afirma que “é um retrocesso tentar privatizar a fiscalização e cobrança de impostos significando uma volta ao século XIX e anteriores”.

A política tributária é, normalmente, realizada fora do ambiente da administração de tributos. É realizada, aqui no Brasil, pelos entes com capacidade política, quais sejam, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em decorrência dos tributos que lhes competem instituir, bem como devem regular as atribuições e os poderes das autoridades administrativas, no que tange a arrecadação e o controle, dentro dos parâmetros esculpido pela Constituição da República.

Em regra, os entes federativos realizam essas atividades através de órgãos existentes, respectivamente, no Ministério da Fazenda, nas Secretarias da Fazenda e nas Secretarias de Finanças.

A expressão “administração tributária” deve ser compreendida por ser todo regramento relativo a fiscalização, segundo os artigos 194 a 200, a dívida ativa regulada nos artigos 201 a 204 e a expedição de certidões negativas encontrados nos artigos 205 a 208, todos do Código Tributário Nacional.

A fiscalização, podemos entender que é o ato de empreender exame e verificação, de controlar a execução ou funcionamento, tendo em vista o atendimento das obrigações a cargo dos contribuintes. O poder dessa fiscalização por parte da autoridade administrativa decorre da competência outorgada aos poderes públicos para instituir e exigir tributos.

4.1 PRÍNCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE ORDEM TRIBUTÁRIA

Os princípios utilizados como norte do sistema tributário nacional, são de cunho protetor dos direitos e garantias do contribuinte. Os quais devem ser respeitados pelos legisladores, nos níveis federal, estaduais e municipais. É de todo oportuno enfatizar que os princípios são as limitações ao poder de tributar. São estes, o princípio da legalidade, isonomia, irretroatividade, anterioridade, capacidade contributiva, vedação ao confisco,

liberdade de tráfego, transparências dos impostos, uniformidade geográfica, seletividade, não-diferenciação tributária, não-cumulatividade, imunidades e da competência tributária.

Sabemos que os princípios acima destacados citados são os vetores os quais conduzem todo o sistema tributários nacional, tendo como principal objetivo a tributação justa.

Contudo, apesar de toda gama de normas tributárias vigentes destinadas a estabelecer limites à atuação fiscal, a realidade que se apresenta no cenário brasileiro é outra. Nossa carga tributária está cada vez mais alta ultrapassando todo e qualquer parâmetro de razoabilidade, ofendendo a dignidade do contribuinte e trazendo justamente o contrário do que se almeja, caso houvesse uma verdadeira aplicação e respeito aos princípios constitucionais tributários, ou seja, a justiça fiscal.

4.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS ÀS NORMAS ANTIELISIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

A Carta Maior consagrou vários princípios, implícitos e explícitos, com vistas a assegurar ao cidadão a observância e o cumprimento de seus direitos e garantias, individuais ou coletivos, por parte do Estado.

Veremos neste ponto as normas constitucionais que balizarão a análise da possibilidade de instituição de regra geral antielisiva no sistema legal brasileiro.

A doutrina mais abalizada, capitaneada por Robert Alexey e Ronald Dworkin, divide as normas jurídicas em princípios e regras.

Há um consenso na doutrina que o conceito que melhor define o princípio, é o do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2014):

Princípio é, por definição, 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 a 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 intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Nesse sentido, os princípios são enunciados genéricos que se encontram entre valores e regras; os primeiros, ideias abstratas não contidas nos textos legais, informam todo o ordenamento jurídico, tais como a liberdade, a justiça, etc.; as segundas contêm alto grau de concreção, prescrevendo imperativamente comandos, e se submetem aos valores e princípios.

Os princípios constitucionais tributários variam entre princípios extremamente abstratos, como a isonomia, até princípios que se revelam através de regras, como a legalidade, que pode ser interpretada ora como princípio ora como regra.

Como as regras conflitam no “vale tudo ou nada” (applicable in all-or-nothing fashion nos termos de Dworkin), a questão da colisão de princípios requer mais desenvolvimento no raciocínio. Como antes mencionado, os princípios colidentes serão sopesados de acordo com os diferentes pesos que terão em certas circunstâncias, e um terá precedência sobre outro. O enfrentamento de dois princípios, em que um cederá para que o outro princípio seja aplicado ao caso em concreto, não resultará na eliminação do sistema do princípio afastado, que poderá, em outro caso prevalecer ao princípio ora precedente, em situação inversa.

Conforme os ensinamentos de Alexy (1997):

A solução da colisão consiste em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, se estabelece entre os princípios uma relação de precedência condicionada. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, se indicam as condições sob as quais um princípio precede ao outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente.

Por conseguinte, o distanciamento entre um princípio frente a outro em um caso concreto é admissível e entendido no contexto jurídico.

Nessa linha, conseguimos uma melhor análise da norma geral antielisiva nacional, face aos princípios constitucionais que a doutrina entende aplicáveis ao caso, quais sejam os princípios da legalidade, da tipicidade, da capacidade contributiva e da isonomia ou igualdade.

4.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é sem dúvida, peça fundamental do Estado de Direito, e ainda indispensável para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Para José Afonso da Silva é o princípio pelo qual “o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administradores (sic), senão em virtude de lei” (1999).

Este princípio está expresso no art. 5º, inciso II da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ainda Afonso da Silva pontifica que o texto não há de ser interpretado isoladamente, mas dentro do sistema constitucional vigente fundado na competência do Poder Legislativo para legislar sobre as matérias indicadas na Constituição, donde provém a reserva de lei.

O princípio da legalidade, que se constitui na submissão ou respeito à lei, não deve ser confundido com reserva de lei, que é determinação constitucional da necessária regulamentação de determinadas matérias através de lei formal. A reserva constitucional de lei é absoluta quando a Constituição determina que a disciplina da matéria é reservada à lei, com exclusão de qualquer outra fonte infralegal, quando dispõe, v. g., “a lei regulará”, “a lei disporá”, “a lei complementar organizará”, etc.

O ramo tributário, sendo atividade estatal, submete-se aos mesmos princípios da legalidade e da reserva absoluta de lei, tendo disposições constitucionais específicas muito além daquelas genéricas do art. 5º, CF/88.

Este Princípio veda expressamente à União Federal, aos Estados Membros – aqui inserido o Distrito Federal – e aos Municípios exigir ou aumentar tributos (e contribuições) sem lei que o estabeleça (1). É a garantia legal ofertada pela Carta Magna aos cidadãos deste País. A lei é à base deste princípio.

De acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo (2014), o princípio da legalidade é o da completa submissão da administração pública às leis, devendo esta, obedecê-las, cumpri-las, e, pô-las em prática. Por isso, que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até os mais simples servidores devem ser cumpridores das disposições gerais estabelecidas pelo Poder Legislativo, visto que esta é a posição que lhes cabem no Direito Brasileiro.

O disposto no art. 150 da Lei Maior estatui que: “Sem prejuízos de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – Exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça”. Complementando a disposição constitucional, o Código Tributário Nacional dispõe no seu art. 97: “Somente a lei pode estabelecer: I – a instituição de tributos ou sua extinção (...); III – a definição do fato gerador da obrigação principal... e do seu sujeito passivo; IV – a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo (...)”. Ainda o art. 37, também da Constituição Federal submete as atividades da Administração Pública à obediência ao princípio da legalidade.

Assim, podemos compreender que o ente tributante está completamente vinculado à determinações expressamente contidas nos textos legais antes citados. Neste sentido Sampaio Dória esclarece:

O princípio da legalidade dos tributos, inscrito pela primeira vez na Carta Magna inglesa de 1215, é postulado cardeal dos sistemas fiscais modernos, e já hoje não se poderia negar o caráter jurídico da norma tributária pela objetividade que ganhou com a supressão do arbítrio real, e sua substituição por um poder executivo balizado pela lei.

O autor Alberto Xavier (1978), com eficiência leciona no seguinte sentido:

O princípio da legalidade revestiu sempre um conteúdo bem mais restrito. Com vista a proteger a esfera de direitos subjetivos dos particulares do arbítrio e do subjetivismo do órgão de aplicação do direito – juiz ou administrador – e, portanto, a prevenir a aplicação de ‘tributos arbitrários’, optou-se neste ramo do Direito por uma formulação mais restrita do princípio da legalidade, convertendo-o numa reserva absoluta de lei, no sentido de que a lei, mesmo em sentido material, deve conter não só o fundamento da conduta da Administração, mas também o próprio critério da decisão no caso concreto. Se o princípio da reserva de lei formal contém em si a exigência da *lex scripta*, o princípio da reserva absoluta coloca-nos perante a necessidade de uma *lex stricta*: a lei deve conter em si mesma todos os elementos da decisão no caso concreto, de tal modo

que não apenas o fim, mas também o conteúdo daquela decisão sejam por ela diretamente fornecidos.

E os adeptos da corrente positivista, representada por Alfredo Augusto Becker, Antônio Roberto Sampaio Dória, Alberto Xavier, Luciano Amaro, César Guimarães, entre outros, defendem a absoluta reserva de lei em matéria tributária, sem permitir ao aplicador da lei interpretação mais extensiva além dos ditames pré-estabelecidos. Em sentido inverso, cumpre anotar que há defensores de idéias que combatem esta teoria juspositivista, relativizando os tipos tributários para conceder à legalidade elasticidade em sua interpretação.

E, na visão de André Estrella, modifica o alcance e o significado do princípio da legalidade “tornando-o aberto à interpretação e à complementação judicial, tendo em vista que o direito tributário se utiliza de cláusulas gerais e de princípios indeterminados, impedindo, desta sorte, o fechamento total de seus conceitos”, o que desaguaria na interpretação econômica dos fatos tributários. (2001).

Em sendo assim, o princípio da legalidade, é em algumas circunstâncias princípio, propriamente dito, e em outras será a regra, que submete a Administração Pública ao rigorismo de sua observância, estabelecendo limitações ao poder de tributar em nome da segurança jurídica e do Estado de Direito. Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho “a legalidade não é um valor em si, é um limite objetivo. Obviamente, é um limite objetivo que persegue um valor, e esse valor, nós já sabemos, é a segurança jurídica.”

4.4 PRINCÍPIO DA TIPICIDADE

A doutrina brasileira considera que o princípio da tipicidade, é a “materialização” do princípio da legalidade. Segundo Crisley de Souza Feitosa, isso significa que a lei formal que institui tributos deve elencar todos os elementos descritos no art. 97 do Código Tributário Nacional. Tal fato decorre da preocupação do legislador para que a lei defina todos os elementos necessários, da forma mais completa possível, para verificação pelos contribuintes do alcance real do tributo que está sendo instituído. Desta forma, diante da precisão exigida pela legislação é que a doutrina afirma que a tipicidade é cerrada ou fechada.

Para Alberto Xavier (2001) o princípio da tipicidade ou da reserva absoluta de lei tem como corolários o princípio da seleção, o princípio do *numerus clausus*, o princípio do exclusivismo e o princípio da determinação ou da tipicidade fechada.

Segundo o princípio da seleção, sabemos que o legislador não pode instituir tributo através de cláusula geral que englobe todas as situações tributáveis. O legislador deve escolher os fatos reveladores da capacidade contributiva e tipificá-los, dentro do quadro mais vasto das situações que apresentem aptidão para tanto.

O princípio do *numerus clausus* explicita ainda mais o princípio da seleção, na medida que estabelece as formas de tipificação exigidas por este último princípio. A elaboração da norma tributária através da tipologia pode se dar pelas seguintes formas: exemplificativa, taxativa e delimitativa. O princípio do *numerus clausus* esclarece que a tipologia tributária é evidentemente taxativa na medida que o fato tributário típico, para produzir efeitos, deve corresponder ao tipo abstrato previsto na lei em todos os seus elementos. Na ausência de apenas um dos elementos correspondentes entre o fato a ser tributado e a descrição abstrata do tipo tributável não ocorre a tipicidade tampouco a possibilidade de tributação. Esta taxatividade da tipologia impede a aplicação da analogia na análise do direito tributário, pois se o fato não se subsume exatamente a um dos tipos tributários previstos na norma não há obrigação tributária.

O princípio do exclusivismo, por sua vez, corresponde à perfeita adaptação das situações jurídicas aos tipos legais tributários, sendo que estes contêm uma descrição completa dos elementos relevantes ao fato tributário.

Os elementos contidos no tipo tributário são dispostos no art. 114 do Código Tributário Nacional, os necessários e suficientes para a ocorrência dos efeitos previstos na norma, não admitindo quaisquer elementos adicionais.

É o que a lógica jurídica denomina «implicação intensiva». Segundo César A. Guimarães Pereira, citando Moschetti (2001) o exclusivismo afasta a tipificação (*Typisierungsbetrachtungsweise*) como uma das técnicas antielisivas contidas no direito alemão, onde fatos infrequentes são incluídos nos fatos típicos referidos na lei tributária.

Esta forma de tipificação não é permitida pela Constituição brasileira eis que os princípios antes delineados exigem uma precisa apreciação dos fatos tributados, adstrita aos termos da lei.

O princípio da determinação exprime que os elementos integrantes na formulação legal do tipo devem ser rigorosamente determinados para que impeçam a aplicação de critérios subjetivos pelo ente tributante na análise do caso concreto, o que colocaria em risco a segurança jurídica do contribuinte pela indefinição dos conceitos.

A Carta Magna de 1988 consagrou expressamente o princípio da tipicidade da tributação ao definir o papel da lei complementar em matéria tributária. Pelo seu art. 146, inciso III, alínea “a”, em conjunto com o *caput* do art. 145 estabelece o critério bifásico para o estabelecimento dos tributos, que comporta dois momentos: a regulação, por via de lei complementar, e a instituição, por lei ordinária. Para Alberto Xavier (2001) a alínea «a» do inciso III do art. 146 consagra o princípio da tipicidade em todos os seus corolários:

[...] proibição de cláusula geral, pois os tributos discriminados na Constituição “selecionaram” casuisticamente determinadas manifestações de capacidade contributiva; *numerus clausus*, pois o catálogo dos tributos existentes é apenas o constante da “discriminação” (para usar o termo do próprio art. 146) operada pela Constituição, com exceção dos impostos de competência residual da União; e

“determinação”, pois devem ser formulados por conceitos determinados os elementos essenciais do tributo (fato gerado, base de cálculo e contribuinte).

Na construção dos tributos, a Lei Maior, utiliza-se de um método tipológico fragmentário e progressivo através de três formas legislativas: lei constitucional, lei complementar e lei ordinária. Este processo de tipificação ocorre em três graus diferentes. O primeiro grau é realizado pela Constituição ao descrever o núcleo essencial dos tributos; o segundo grau é realizado pela lei complementar que define o fato gerador, base de cálculo e contribuintes, por conceitos determinados; e o terceiro grau é realizado pela lei ordinária com liberdade de definição dos tipos tributários, sempre dentro dos limites e parâmetros contidos na lei complementar.

Diante destas colocações, o princípio da tipicidade, jungido ao princípio da legalidade, forma um conjunto de proibições levando a Administração não somente estar adstrita ao cumprimento do comando legal expresso, mas também proibi-la de perseguir certas finalidades, chamados de aspectos negativos dos princípios que são os seguintes: proibição da lei constitucional derivada de modificação dos arts. 150 e 146, que traduzem em “reserva de Constituição originária”; proibição de legislação independente decorrente da reserva de lei formal; proibição de remissões ou delegações para fontes infralegais decorrente do princípio do exclusivismo; proibição do uso de conceitos indeterminados na formulação legislativa decorrente do princípio da determinação; proibição de cláusula geral tributária decorrente do princípio da seleção; proibição da discricionariedade administrativa decorrente do princípio do exclusivismo e proibição da analogia decorrente do princípio do *numerus clausus*.

O princípio da tipicidade encontra-se intimamente ligado, não só à segurança jurídica, mais também ao princípio da separação dos poderes, na medida que baliza a atuação do Poder Legislativo na formulação das leis, como também impede que tal competência venha a ser exercida pelo Executivo e Judiciário, ainda que de forma indireta e oblíqua.

Esta vedação impede a inversão de competências entre os Poderes, o que poderia resultar na permissão da criação derivada das leis através do que Alberto Xavier chama de “normas de delegação”. As normas de delegação são mecanismos que permitiriam a criação de legislação tributária pelos Poderes Executivo e Judiciário, de forma paraconstitucional e completamente ao arrepio da lei.

Ainda, no desenvolvimento das obras Xavier, vimos que ele reúne as normas de delegação em quatro tipos, de acordo com a sua fonte: de predeterminação ampla, de predeterminação incompleta, de predeterminação indeterminada e predeterminação inexistente.

A norma resultante de predeterminação ampla consiste na formulação de normas de tamanha abrangência e abstração que permite abarcar todo um universo de casos submetendo-os a uma consequência jurídica. É o caso da cláusula geral, onde o alto

grau de abstração e generalidade da norma permitem que o Poder Judiciário e o Poder Executivo atuem de forma inovativa, vez que é possível a elasticidade de aplicação da norma em relação ao caso concreto.

A norma resultante de predeterminação incompleta consiste na norma formulada de forma incompleta, descrevendo apenas alguns elementos do tipo e remetendo sua complementação a atos regulamentares ou administrativos de outros órgãos públicos sem a competência originária, acarretando o que a doutrina chama de “degradação do grau hierárquico”.

A norma resultante da predeterminação indeterminada decorre da utilização de conceitos vagos e imprecisos na construção da norma, de forma que permite ao aplicador da lei a liberdade de emitir valorações pessoais, da mesma forma como ocorre com os conceitos indeterminados, propiciando ao administrador ou juiz a criação do direito. Ricardo Lobo Torres discorda desta tese sob o fundamento de que “a norma do Direito Tributário não pode deixar de conter alguma indeterminação e imprecisão, posto que se utiliza também das cláusulas gerais e dos tipos que são abertos por definição”.

A norma de delegação resultante da predeterminação inexistente decorre da omissão da hipótese no corpo do texto legal, o que permite que o Executivo e o Judiciário formulem regra jurídica aplicável ao caso omissis seguindo o princípio da analogia.

Por fim, o princípio da tipologia determina que o legislador formule as leis tributárias de uma forma casuística ou seletiva, com a proibição de cláusulas gerais; de modo completo e exclusivo, com a consequente proibição de normas de reenvio; de forma clara e precisa, com a consequente proibição de conceitos indeterminados; de forma expressa, proibindo a utilização de analogia.

4.5 PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio da capacidade contributiva é considerado uma forma de instrumentalizar-se o princípio da igualdade, do qual se mostra como natural decorrência ou corolário, para uns, ou subprincípio, para outros. (SABBAG, 2014). Com efeito este princípio se mostra com objetivo de alcançar a justiça fiscal, e representa a proporção pela qual a tributação deva incidir sobre a exteriorização da capacidade econômica de cada cidadão para o custeio das despesas da sociedade em geral.

Defende Estrella (2001) que a concretização da justiça distributiva seria alcançada pela distribuição igualitária da carga tributária. O escalonamento da tributação seria feito começando no mínimo necessário à existência digna e terminaria aquém da destruição do patrimônio.

Encontra-se positivado no § 1º do art. 145 da Constituição Federal e determina que os impostos serão graduados de acordo com a capacidade econômica do contribuinte sempre que possível. Tem acepção objetiva, o que significa dizer que a norma deve descrever

como fato gerador um ato que seja revestido de conteúdo econômico, assim entendidos os signos presuntivos de manifestação de riqueza, e não um ato aleatório qualquer.

Frise-se que a capacidade contributiva se refere ao ônus tributário a ser “distribuído na medida da capacidade econômica dos contribuintes” (SILVA, 1999), isto é, a base de cálculo deve demonstrar a capacidade de o contribuinte arcar com o pagamento do tributo, assim como as alíquotas progressivas devem refletir esta capacidade.

Logo, quem detiver maior poder econômico deve ser tributado proporcionalmente, por meio da progressão de alíquota. Ou seja, os que gozam de benefícios ao capital, auferem riquezas, as quais devem ser tributadas progressivamente.

A tributação deve ser preferencialmente direta, de caráter pessoal e progressiva. Assim sendo, ela alcança a justiça social por meio de tratamento tributário equânime, conforme dispõe o art. 145 da CF/88.

O escalonamento da tributação pelas diferentes e crescentes faixas de renda viabiliza a distribuição da riqueza de uma determinada classe social e atende melhor ao princípio da justiça tributária, o qual exige que se observe não apenas a isonomia como também: i) o tratamento desigual aos desiguais, não discriminando a tributação segundo a origem do rendimento; e ii) a aplicação de alíquotas mais condizentes com a realidade distributiva brasileira.

Portanto, a todos os cidadãos cabe o dever de contribuir para a manutenção do Estado, pois, a coisa pública pertence a todos. No entanto, esse dever será limitado pela capacidade contributiva de cada indivíduo pessoalmente. Esse princípio pode ser simplificado no brocardo: “quem possui mais riquezas, pagará mais impostos”. De forma bem didática, também, o doutrinador Luciano Amaro (página 148, 2012) ensina: “O princípio da capacidade contributiva inspira-se na ordem natural das coisas: onde não houver riqueza é inútil instituir impostos, do mesmo modo que em terra seca não adianta abrir poço em busca de água.” A capacidade contributiva visa assegurar os princípios constitucionais, os objetivos da república descritos na Constituição, afim de, “sempre que possível” fazer diferenças entre os contribuintes no sentido de assegurar a igualdade social.

Em qualquer situação os fatos aos quais está vinculado o surgimento de uma obrigação impositiva possuem como característica a de mostrar um Estado ou um movimento de riqueza; é o que se comprova com a análise indutiva do direito positivo e corresponde ao critério financeiro que é próprio do imposto.

Assim, o Estado exige uma soma de dinheiro em situações que indicam uma capacidade contributiva.

Em seu lado subjetivo, o princípio se propõe a aferir a capacidade de pagamento de cada cidadão parte da sociedade, realizando-a de acordo com o signo de manifestação de riqueza estabelecido pela norma que define o fato gerador.

Se faz oportuno destacar que a capacidade contributiva não se manifesta antes da ocorrência do fato gerador de tributo. Se o fato jurídico não se subsume ao tipo descrito na norma tributária, não se realiza o fato gerador de tributo.

Logo, não ocorrendo o fato gerador de tributo, que daria ensejo à obrigação do contribuinte ao seu pagamento, não há que se falar em capacidade contributiva, que apenas é aplicável a fatos econômicos tributáveis. Como antes mencionado, se a elisão se manifesta antes da ocorrência do fato gerador, seria incongruente relacionar elisão e capacidade contributiva.

4.6 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da igualdade, entabulado no art. 5º da Constituição Federal nos seguintes termos: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...).

Este proíbe o tratamento desigual aos contribuintes que se encontram em situação equivalente, assim como qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos. Visa coibir discriminação entre os cidadãos, sendo sagrada a sua observação e cumprimento por todos os brasileiros. Inegociável na prática democrática.

Há muito tempo as Constituições brasileiras têm adotado o princípio da igualdade como igualdade perante a lei, no sentido de que a lei e a sua aplicação trata a todos de forma igual, dentro da chamada isonomia formal.

Noutro modo, a doutrina estrangeira diferencia igualdade “perante a lei” da “igualdade na lei”. A igualdade perante a lei significa o tratamento do caso concreto em conformidade com o texto legal, mesmo que isto resulte em consequentes desigualdades, estando adstrita ao conceito de isonomia puramente formal. Por sua vez, a igualdade na lei exige que não se façam distinções no texto legal que não sejam autorizadas pela própria Carta Magna. Em outras palavras, a igualdade perante a lei é dirigida aos aplicadores da norma enquanto que a igualdade na lei se relaciona com sua formação pelo legislador, em um primeiro momento, e, de consequência, perante os aplicadores, num segundo momento.

Entende-se que a intenção do legislador ao elaborar a lei deve reger de forma igualitária as disposições, determinando as mesmas obrigações e as mesmas vantagens nas situações idênticas e, da mesma forma, realizar a distinção, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a repartir ou restringir-las em proporção às suas diversidades.

A destinação do princípio da igualdade ao legislador parece a mais acertada. Se tal princípio for observado na construção e constituição da norma, o aplicador da norma, cujo texto legal já contém os critérios da igualdade insculpidos, agirá dentro do princípio da igualdade pelo simples fato de que outro princípio constitucional – o princípio da legalidade – o obriga a executá-la com fidelidade e respeito.

Interpretamos, assim, que os critérios de igualdade e desigualdade serão estabelecidos pelo legislador, segundo aspectos e características consideradas essenciais ou relevantes das pessoas, ou ainda, circunstâncias ou relações jurídicas nas quais essas pessoas se encontram. Aos olhos da norma estas pessoas serão consideradas idênticas, embora possam diferir em aspectos considerados como irrelevantes ao legislador.

4.7 INCOMPATIBILIDADE DA NORMA ANTIELISIVA EM FACE DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE ORDEM TRIBUTÁRIA

É quase que unânime na doutrina analisada, a incompatibilidade da existência ou formulação de uma norma geral antielisiva dentro do direito brasileiro, com a principal tese de defesa de que o sistema legal brasileiro não comporta a norma geral antielisiva face às suas rígidas regras e princípios constitucionais, principalmente em relação à legalidade e tipicidade.

Em contrapartida, há aqueles que acreditam que os próprios princípios constitucionais, como a igualdade e a capacidade contributiva, são o suporte para existência da norma geral antielisiva, tendo em primeiro lugar a finalidade de melhor e mais justa distribuição do ônus fiscal entre os contribuintes.

Ao realizar uma análise de confronto dos princípios, à luz da doutrina, para constatação da possibilidade de instituição da cláusula antielisiva, temos o seguinte.

Ao compararmos os princípios da legalidade, tipicidade em face do princípio da capacidade contributiva e da isonomia, é certo que na constituição federal não encontramos nenhuma restrição aos primeiros princípios, quais sejam, legalidade e tipicidade, e ainda vemos que a carta magna não admite restrições à liberdade contratual com fundamentos de natureza fiscal.

Em não sendo encontrados limites intrínsecos ou extrínsecos da legalidade e tipicidade, a possibilidade de limitação estaria no conflito dos próprios princípios constitucionais de contraponto, no caso, os princípios da capacidade contributiva e isonomia.

Ocorre que a doutrina majoritária identifica a capacidade contributiva e a isonomia como comandos destinados ao legislador infraconstitucional, como garantias para proteção do cidadão, e não como limites à liberdade. Desta forma, os princípios mencionados não se encontram no mesmo plano de atuação, cuja consequência é a não existência de conflito entre eles. A legalidade e tipicidade estariam em nível superior a isonomia e capacidade contributiva, suplantando-os.

Alberto Xavier (2001) informa que:

Para essa doutrina os limites à liberdade decorrem de leis, inspiradas decerto nos princípios da igualdade e da capacidade contributiva, mas não diretamente destes princípios, como fonte imediata desses limites, independentemente de leis, por sobre as leis, ou para além das leis.

Ressalta-se que, em matéria tributária, as leis devem obrigatoriamente obedecer a um princípio de tipicidade, estabelecendo um “*numerus clausus*” de tributos para além do qual vigora uma ampla esfera de liberdade, tipicidade essa que significa precisamente inexistência de limite e conseqüentemente impossibilidade de abuso.

Em detrimento da força do princípio da legalidade e tipicidade no sistema constitucional ante ao princípio da capacidade contributiva leciona José Artur Lima Gonçalves:

A lei, portanto, faz a seleção de fato manifestador de capacidade contributiva e, a partir daí, sua tipificação. Sem a tipificação específica – singularizadora de um dado fato – não é feita a seleção e cria-se uma cláusula geral – o que deixaria ao aplicador o exercício da vontade para: i) identificação do “fato imponible” (sem hipótese à qual pudesse submeter-se), e ii) definição do objeto da relação jurídico-tributária.

Por isto, que entendemos como a demonstração cabal da inviabilidade dos que sustentam a possibilidade de norma ou cláusula geral de tributo. Para assegurar-se o consentimento e a legalidade, é necessária a tipicidade, de modo tal que a valoração esgote-se no plano da produção normativa – de hierarquia legal – do tipo tributário; garantindo-se a irrelevância da vontade do aplicador da norma tributária.

Necessitamos ter em mente que mesmo neste cenário de dúvidas quanto a aplicabilidade da norma antielisiva no ordenamento tributário, não há no direito constitucional tributário nada que permita suplantar a legalidade e os demais limites ao poder de tributar para que se diga e se aplique algo diverso do que o direito positivo específico prescreve, ainda que seja em nome de diversos princípios constitucionais. Sobre isto, Ricardo Mariz de Oliveira (2009) nos traz:

Á tal pretensão levantam-se os “limites intransponíveis” a que se referiu o Ministro Celso de Mello no habeas corpus n. 82788-8-RJ, julgado em 12 de abril de 2005 pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal: **Não são absolutos** os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, **pois** o Estado, **em tema** de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, **está sujeito à observância** de um complexo de direitos e prerrogativas **que assistem**, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. **Na realidade**, os poderes do Estado **encontram**, nos direitos e garantias individuais, **limites intransponíveis**, cujo desrespeito **pode caracterizar** ilícito constitucional.

A administração tributária, por isso mesmo, **embora** podendo muito, **não pode tudo. É que**, ao Estado, **é somente lícito** atuar, **‘respeitados** os direitos individuais **e nos termos** da lei’ (CF, art. 145, § 1º), **consideradas**, sobretudo, e para esse específico efeito, **as limitações** jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei fundamental, **cuja eficácia – que prepondera** sobre todos os órgãos e agentes fazendários – **restringe-lhes** o alcance do poder de que se acham investidos, **especialmente** quando exercido em face do contribuinte **e** dos cidadãos da República, **que são titulares** de garantias **impregnadas** de estatura constitucional **e que**, por tal razão, **não podem ser transgredidas** por aqueles que exercem a autoridade **em nome do Estado**” (foi conservada a forma de negritos e grifos que constam do original).

No julgado trazido se tratava de limites da fiscalização. Assim, maior razão existe para se aplicar os mesmos postulados em se tratando da obrigação tributária principal ou à sua elisão, matéria que é submetida a todos os limites ao Poder de tributar os quais a constituição federal deixa explícito com cuidado, e sobressalta a importância da Legalidade.

De toda forma, esse mundo da economia onde a esfera tributária atua, constitui-se e se transforma por fatos regulados pelo ordenamento jurídico, seja a propriedade, seja a sua transferência ou outros. O que é importante sabermos é que esses fatos se constituem no substrato para a incidência das normas jurídicas tributárias.

Nesse passo, o fisco encontra-se verdadeiramente ligado e dependente tanto dos acontecimentos regidos pelo direito, para cobrar o que lhe é devido, quanto os contribuintes ficam limitados a pagar seus tributos conforme os mesmos acontecimentos e a sua regência jurídica. Não podendo haver excessos de nenhum dos sujeitos dessa relação.

As explicações acima, não finalizam o assunto mas trazem a correta ideia responsável por sustentar o pensamento positivista que domina a doutrina nacional, afastado o conflito da capacidade contributiva e isonomia e os princípios da legalidade e tipicidade em matéria tributária.

4.8 AUTORIZAÇÃO DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Como já iniciado no estudo aqui apresentado, sabemos que o Supremo Tribunal Federal proferiu julgamento nos autos de Recurso Extraordinário com repercussão geral e em conjunto julgou as ações diretas de inconstitucionalidades, dos quais apontavam para a incompatibilidade da Lei Complementar nº 105/2001 com a nossa constituição federal, pois a norma autoriza a quebra do sigilo bancário do contribuinte pelo próprio órgão fazendário integrante da relação tributária.

Acerca do julgamento em epígrafe, é oportuno dizer que, apesar do que foi decidido na suprema corte, até os dias de hoje a Fazenda Pública utiliza-se de desculpas que precisa ter acesso a alguns recursos a fim de evitar a realização de fraudes, razão pela qual atropela os direitos e garantias do contribuinte.

Sabemos que nem a Lei pode ferir direitos constitucionais do contribuinte, e por conseguinte nem a administração fazendária poderia fazê-lo, visto que a sua principal tarefa é aplicar a Lei tributária de ofício, lembrando que tem como paradigma a Carta Magna vigente.

Diante dessa informação, justifica-se o entendimento de Maria da Glória Ferreira Pinto (*Apud* CARRAZZA, 2007, p. 474): “A Administração movimenta-se nas malhas da legalidade, uma legalidade que num Estado de Direito material se pretende não seja meramente formal, e sim portadora em cada momento da própria ‘ideia de direito’”.

É certo que a nossa Lei Maior atual, ao regular as limitações no exercício das competências tributárias e elencando os direitos e garantias fundamentais, se preocupou de forma expressa e demasiada, em conceder proteção ao contribuinte das possíveis ações arbitrárias do Fisco. No entanto, há um posicionamento exacerbado de uma mente “fiscalista”, reinando inclusive dentro do Poder Judiciário, que seria o responsável por enfrentar os abusos fazendários e restringir-lhe as ações.

Por fim, não podemos aceitar que o interesse fazendário, de cunho nitidamente arrecadatário, poderá se sobrepor ao interesse público, pois na Constituição Federal de 1988 encontramos no § 2º do art. 5º direito de os contribuintes não pagarem tributos criados ou lançados em desacordo com os limites imputados pela Lei Constitucional.

Infelizmente, o Poder Judiciário, na sua alta Corte, entendeu por conceder ao Fisco direito que nem mesmo a Constituição da República concedeu, e agora esse acesso indiscriminado a dados bancários vai sim expor e deixar em situação vulnerável, a segurança individual a um constante temor e a mercê de um claro autoritarismo.

Ora, a violação ao direito do sigilo de dados, é considerado direito fundamental, e, só pode ser realizada se observadas as garantias constitucionais. Qualquer tentativa de se dar tal poder a órgão parcial e que ocupa um dos polos da relação jurídica é ato arbitrário e fere a Carta Política. (BASTOS, 2010).

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que aqui foi exposto, pensa-se que o confronto entre a vontade do contribuinte em diminuir sua carga tributária e a vontade exacerbada do Estado em maximizar a arrecadação de tributos está longe de ser solucionado.

A questão da constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001 foi solucionada pelo Supremo Tribunal Federal, de maneira contrária a doutrina majoritária brasileira, pois, o acesso a dados bancários resguardados por sigilo pelo Fisco, sem autorização judicial, leia-se sem o devido processo legal, é inconstitucional, já que afronta o art. 5º, XII da Constituição da República.

O entendimento de que a Lei Complementar 105/2001, agora já ratificada pelo Supremo Tribunal Federal, ao estender o poder de quebra do sigilo a órgãos parciais, retirou do cidadão o direito ao devido processo legal, cria cenários para novas discussões e futuros aprofundamentos. Isso porque, o Direito, passível de violação, foi petrificado pela Constituição Federal e, que não admitiria nenhuma forma de supressão ou modificação num Estado Democrático de Direito.

Acerca da regra geral antielisiva, sabemos que suscita ainda questões em todos os países, que se valem de diferentes institutos e construções jurídicas para a autorização de sua utilização, mas que, de certa forma, ainda não encontraram a fórmula ideal para manter de forma equilibrada os interesses públicos e privados na seara tributária.

No Brasil, aqueles que se posicionam a favor da implantação e aplicação da norma geral antielisiva valem-se, em geral, de conceitos oriundos de outros países, alguns até com finalidades “louváveis”, mas conflitantes com o ordenamento constitucional pátrio.

Mesmo o legislador, na exposição de motivos da Lei Complementar nº 104, faz menção ao abuso de forma e abuso de direito, que como vimos, são dois dispositivos não previstos na lei nacional e de certa forma, por seu turno, incongruentes com o texto constitucional vigente.

Assim, conclui-se que qualquer norma geral antielisão é categoricamente incompatível com o sistema constitucional brasileiro, face aos princípios da legalidade e da tipicidade.

No tocante ao dispositivo instituído pela Lei Complementar nº 104, o parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional, concluímos se tratar de norma geral antielisiva, mas independentemente do entendimento pela inconstitucionalidade da norma geral antielisão, se faz necessária a continuidade da discussão e busca de instrumento legal capaz e efetivo com a finalidade de evitar o desvio desmedido de tributos, cuja finalidade única é favorecer uns poucos em detrimento de muitos que exercem seu ofício com seriedade, geram empregos e o desenvolvimento da economia.

Por outro lado, com essa busca implacável não se pode esquecer da segurança jurídica e do Estado de Direito, concedendo ao Fisco poderes irrestritos para tributar negócios jurídicos, licitamente construídos, trazendo, portanto, o medo da liberdade civil de contratação e da liberdade de organização, em prejuízo da certeza e estabilidade, sem as quais não há planejamento empresarial viável.

A consideração suscitada ao longo do presente estudo leva a acreditar de que todos os princípios constitucionais são eficientes se aplicados de forma conjunta e entrelaçando-se, resultando na impossibilidade respeitar o cumprimento de um e desrespeitar os demais.

Em verdade, o tema da economia fiscal, incluindo-se nessa expressão as formas lícitas e ilícitas, está intimamente relacionado ao choque filosófico entre as ideologias individualista-libertária, de um lado, e social-igualitária, de outro. Cada uma dessas ideologias esteia-se em princípios constitucionalmente previstos. É dizer, as premissas de que se utiliza cada uma das correntes de pensamento são legítimas.

Entretanto, a famigerada ideia de sobrepor um deles, além de entrar em testilha com a posicionamento de que todos os princípios são complementares e harmônicos, enseja consequências igualmente prejudiciais.

O exagero da concepção igualitária-social, mais atrelada aos interesses arrecadatários do Fisco, leva à completa insegurança jurídica e à supressão das garantias e liberdades individuais. Por outro lado, o extremo da teoria individualista-igualitária, já experimentado historicamente, conduz a um formalismo estéril, ao amesquinamento das funções do Estado e, sobretudo, anulação dos interesses sociais.

É muito importante, desta forma, que seja garantido um equilíbrio entre as finalidades Estatais e Sociais, as quais são amparadas por princípios como a capacidade contributiva, igualdade, solidariedade e repartição igualitária dos ônus sociais – e as noções, essenciais ao Estado Democrático de Direito, de liberdade e segurança jurídica. Estas, aliás, foram a própria razão de ser e origem histórica da formulação da concepção de Estado de Direito.

Na árdua tarefa de fixar os limites para o regime jurídico aplicável à elisão fiscal, cumpre termos como premissas, a correta definição do instituto, como sendo pertinente aos atos ou negócios jurídicos lícitos realizados, antes da ocorrência do fato gerador, com o objetivo de obter uma vantagem fiscal, concernente a evitar ou diminuir a tributação e retardar o seu pagamento.

Não se pode permitir que a elisão seja confundida com evasão, sonegação, simulação, dissimulação, abuso de formas ou de direito e fraude à lei, visto que a Elisão fiscal se refere sempre a mecanismos lícitos utilizados pelo contribuinte, enquanto que as demais figuras se relacionam a aspectos ilícitos dos negócios ou atos praticados.

Na linha contrária à elisão está a evasão fiscal, que se refere exatamente à economia ilícita obtida através de sonegação, simulação, dissimulação, abuso de formas ou de direito e de fraude à lei. Nenhuma dessas figuras podem ser confundidas e, como consequência, não se pode pretender aplicar-lhes o mesmo regime normativo.

Para identificar a elisão, no caso concreto, o aplicador do direito poderá se valer de dois critérios: cronológico e a licitude dos meios utilizados. É dizer, será elisivo o ato ou negócio jurídico realizado, antes da ocorrência do fato gerador, e sem o emprego de simulação, dissimulação, sonegação, abuso de formas ou fraude à lei.

A constatação da ocorrência do fato gerador há de estar pautada pelas regras de interpretação e integração previstas de forma cogente no Código Tributário Nacional e delineada de forma clara na Carta Constitucional. É necessário que estejam configurados todos os critérios (material, espacial, temporal) da hipótese pressuposta na norma (antecedente). Por outro lado, esses critérios são percebidos a partir de categorias ou noções empregadas pela norma para definir seu espectro de incidência.

Surge a indagação sobre as fontes aplicáveis na definição dessas categorias, noções ou institutos. A solução está em conciliar os comandos insertos nos artigos 109 e 110 do CTN. Em princípio, as normas de direito privado não podem ser aplicadas para fixar os efeitos tributários. Por outro lado, à legislação tributária é vedado alterar o conteúdo e o conceito dos institutos de direito privado empregados pela Constituição para definir competências.

Não obstante, todavia, que a norma tributária estabeleça definição e abrangência diversas daquelas previstas pelo direito privado para determinado instituto. Mas é necessário, insista-se, que essa distinção esteja legalmente prevista, predeterminada, haja vista que é vedado ao intérprete valer-se de analogia para ampliar a hipótese de incidência tributária.

Procedendo assim, não será possível empregar métodos como a teoria da interpretação econômica, porque importam em afronta ao princípio da legalidade tributária e, sobretudo, desrespeito às garantias da segurança jurídica e da livre iniciativa. Não obstante, também ao legislador são imputados limites que devem ser respeitados sempre.

As regras encartadas no Código Tributário Nacional não permitem a edição de um comando genérico, pelo qual se transfere, ao aplicador do direito, a tarefa que apenas à lei compete. Uma regra assim tão suficientemente ampla estaria a burlar as premissas anteriores, e o próprio princípio da legalidade, que em direito tributário, como se viu, é adjetivada, porque estrita.

Logo, uma norma geral antielisiva é incompatível com o nosso ordenamento jurídico, sendo inconstitucionais quaisquer iniciativas legislativas que pretendam introduzi-la, para, veladamente, transferir à Administração competência indelegável, de reserva legal.

Nesse diapasão, o presente trabalho se filia ao pensamento de que a edição das chamadas cláusulas gerais antielisivas é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, por conferir, à autoridade administrativa, poderes expressamente vedados pela Constituição, pois as normas gerais antielisivas afrontam o princípio da legalidade estrita, além de pretenderem impor ao contribuinte, uma absurda e inimaginável obrigação no mundo jurídico, de pagar sempre mais tributos.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. **O sigilo bancário e direito falimentar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.p.51.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 87.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Elementos de Direito Tributário**. 3.ed. São Paulo: RT, 2003.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 25ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 491.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 23ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 437.
- CHINEN, Roberto Massao. **Sigilo bancário e o fisco: Liberdade ou Igualdade?**, 1ª Ed, Curitiba: Juruá, 2005, p.145-175.
- BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria da Evasão e da Elisão em Matéria Tributária. Planejamento Fiscal – Teoria e Prática**. São Paulo: Diáletica, 1998.

_____. **Curso de direito tributário brasileiro.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários a Constituição brasileira de 1988.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 268.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Elisão e evasão fiscal.** São Paulo: Livraria dos Advogados, 1977.

_____. **Princípios constitucionais tributários e a cláusula due process of law. p. 12 apud GONÇALVES, José Artur Lima. “A lei complementar 104, de 2001 e o art. 116 do CTN”.** Revista de Direito Tributário. São Paulo, n.o. 81, p. 222.

ESTRELLA, André Luiz Carvalho. **A norma antielisão e seus efeitos – artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.** RT, n° 792, Outubro de 2001, p. 68.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Introdução ao Direito Tributário.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. **Fato gerador da obrigação tributária.** 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo.** Revista dos Tribunais, n° 235, maio 1955, p. 7.

FEITOSA, Crisley de Souza. **Análise técnica da alteração introduzida pela lei complementar no artigo 104 do Código Tributário Nacional.** Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, n° 45, p. 142.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei Tributária.** 1ed., São Paulo, Dialética, 1998.

_____. **Planejamento tributário.** São Paulo: Dialética, 2004.

_____. **Constitucionalidade do parágrafo único do art. 116 do CTN.** In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). O planejamento tributário e a lei complementar 104. São Paulo: Dialética, 2001.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário.** 11ª Edição. Atlas: São Paulo, 2002, p. 477.

HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e elisão – rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário.** São Paulo: Saraiva, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. A norma Antielisão e o Princípio da Legalidade – Análise Crítica do Parágrafo único do Art. 116 do CTN. **O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104.** Dialética, 2001, p. 115.

_____. **Curso de Direito Tributário.** 30º Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001.** Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo, v. 4, n. 11, jan./mar. 2001. P. 37-38.

MARTINS, Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva. **Comentários à Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001.** Apêndice. Curso de Direito Tributário. 11º Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo gonet Branco**. Curso de Direito Constitucional. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.385.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MOREIRA, André Mendes. Elisão e Evasão Fiscal – limites ao planejamento tributário. **Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário**. Belo Horizonte, vol 21, mar.-abr. 2003, pp. 11-17.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. **Planejamento Tributário, Elisão e Evasão Fical, Norma Antielisão e Norma Antievasão. Curso de Direito Tributário / Ives Gandra da Silva Martins**.11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.498-499.

PEREIRA, César A. Guimarães. **Elisão tributária e função administrativa**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 153.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo Bancário e o Direito à Intimidade**. Curitiba: Juruá, 2001. p.85.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Manual de Direito Tributário**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 243.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.421

GOMES DE SOUZA, Rubens. **Compêndio de Legislação Tributária**, 3.ª ed. Rio de Janeiro, 1975, p. 113.

GONÇALVES, José Artur Lima. **A lei complementar 104, de 2001 e o art. 116 do CTN**. Revista de Direito Tributário. São Paulo, n.o. 81, p. 227.

TÔRRES, Heleno. **Limites ao Planejamento Tributário – Normas Antielusivas (Normas Gerais e Normas Preventivas). LC 104/01: uma Norma Anti-Simulação**. (não publicado)

TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento tributário – elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE ELISÃO FISCAL, 2001. Brasília. **Anais do seminário internacional sobre elisão fiscal**. Realizado pela Escola de administração Fazendária – ESAF, em Brasília, no período de 06 a 08 de agosto de 2001 – Brasília: ESAF, 2002. 1v. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-RICARDO%20LOBO%20TORRES.pdf> >. Acesso em 08 nov. 2016.

_____. **Normas de interpretação do direito tributário**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 65.

XAVIER, Alberto. **Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Anti-Elisiva**. São Paulo, Dialética, 2001, pp. 156-157.

_____. XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 37.

_____. **A evasão fiscal legítima: o negócio jurídico indireto em direito fiscal**. Revista de Direito Público, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano VI, n. 23, p. 236-253, jan/mar. 1973.

WALD, Arnaldo. **O sigilo Bancário no Projeto de Lei complementar de Reforma do sistema Financeiro e na Lei complementar nº70, Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. nº 11.

FEITOSA, Crisley de Souza. **Análise técnica da alteração introduzida pela lei complementar no artigo 104 do Código Tributário Nacional**. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, nº 45, p. 142.

O PAPEL DOS BANCOS NA CONSTRUÇÃO DA DESIGUALDADE E SUA INTERAÇÃO COM O SISTEMA TRIBUTÁRIO

Data de submissão: 26/02/2025

Data de aceite: 05/03/2025

**Manoel Cícero Squiapati Seragini
Gonzalez**

1 | INTRODUÇÃO

A capacidade contributiva, estabelecida no art. 145 §1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), determina que o pagamento dos tributos deve ser exigido pelo Estado de maneira graduada, a fim de construir um sistema no qual os indivíduos de maior capacidade econômica também sejam onerados com uma carga tributária maior em comparação as camadas economicamente desprivilegiadas.

Enquanto de um lado observa-se uma constituição voltada a redução da desigualdade, na qual, pela capacidade contributiva ricos deveriam possuir cargas tributárias maiores, de outro, nota-se que a sociedade atualmente tem suas relações econômicas circundando as instituições bancárias, detentoras de vultuosa riqueza, e cuja operacionalização, dadas suas

especificidades, leva naturalmente à concentração de renda.

Dentro desse cenário, em decorrência, figura extremamente relevante compreender como a legislação tributária se comporta. Em um olhar superficial, é possível observar que os bancos possuem uma carga tributária mais elevada, dada sua alíquota de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido 11% maior em comparação as empresas no geral. Todavia, são necessárias verificações mais profundas, por exemplo, analisar alíquotas efetivas e suas ligações com eventuais privilégios fiscais, a fim de determinar se a tributação das instituições bancárias está de acordo com a capacidade contributiva, e a lógica constitucional acerca da construção de um sistema justo voltado à desconcentração de riquezas.

2 | BANCOS E SUAS FUNÇÕES NO CICLO DO CAPITAL

Os bancos atuam no mercado essencialmente de três formas distintas: como um mediador da circulação de

dinheiro, um transformador do capital ocioso em ativo, e centralizador dos montantes financeiros dos indivíduos, os colocando à disposição do capitalista. (DUMÉNIL; LÉVY, 2010b).

A primeira diz respeito ao papel das sociedades bancárias na compensação e liquidação das letras de câmbio. Para compreensão dessa função é importante verificar como ocorre o processo de circulação de mercadorias e sua relação com a moeda.

Na sociedade capitalista, o sujeito busca a satisfação pessoal na troca de mercadorias, ao mesmo tempo o dinheiro comprova que as condições individuais de produção refletem as condições sociais de produção. Assim, o valor de uma mercadoria é trocado pelo de outra - algo necessário para produção e reprodução social. Afinal, somente pelo ato de trocar um bem por outro é que o trabalho é reconhecido pela sociedade, em um processo no qual o labor, expresso em uma coisa, é transformado em outro bem (HILFERDING, 1985).

Na troca é necessária a utilização de uma base, cuja equivalência exprima um valor e permita a boa fluidez do processo; daí a importância do dinheiro. Assim, o dinheiro por possuir um valor dentro da sociedade deve ser encarado também como mercadoria, a qual expressa o valor de todas as mercadorias (HILFERDING, 1985).

Enquanto as mercadorias eram trocadas entre si, e o bem desejado correspondia em alguma proporção ao bem possuído e ao tempo depreendido para obtenção de tal. Todavia, com o uso do dinheiro, ocorre um afastamento do tempo depreendido no labor e o bem pleiteado, pois agora a conexão direta não é mais com o objeto desejado, e sim com o dinheiro (HILFERDING, 1985).

Nessa lógica, em um contexto simplório, a circulação social de bens ocorre em um nexo: Mercadoria-Dinheiro-Mercadoria (M-D-M). Dessa forma, um indivíduo vende sua mercadoria (sem valor de uso para si) em troca de moeda e a partir dela adquire um bem com valor de uso na sua concepção (HILFERDING, 1985). Isso decorre também da tendência natural à eliminação do dinheiro, vez que ele é mercadoria necessária e ao mesmo tempo supérflua; em outras palavras essencial às barganhas sociais por expressar a equivalência já mencionada, e ao mesmo tempo sem valor pois não é efetivamente aplicável na sobrevivência do homem¹.

Então, na lógica M-D-M é possível identificar a necessidade do dinheiro como meio de circulação. Até aqui é possível imaginar um cenário economicamente minimalista com trocas sendo feitas de forma imediata e em proporções apertadas sem muitas margens para acumulação ou falta de moeda suficiente para aquisição da mercadoria pretendida. Entretanto, o mercado é notoriamente mais complexo e os bancos são em parte fruto dessas complexidades, em especial, o tempo, popularmente encarado como “prazo”.

¹ Pensemos: o dinheiro não é matéria essencial à alimentação, construção transformação concreta de produtos utilizados no cotidiano.

As trocas no contexto social variam sob o critério tempo, visto que as mercadorias podem ser vendidas no presente, mas com pagamento ocorrendo no futuro. Consequentemente, o produto é transferido antes da conversão de seu valor em dinheiro, criando um cenário onde vendedor e comprador tornam-se credor e devedor respectivamente (HILFERDING, 1985).

Nessa conjectura, no qual a moeda e mercadoria não se manifestam simultaneamente surge um hiato, e a partir dele o dinheiro deixa de ser um intermediário para encerrá-lo. Dessa forma, adquire uma nova função: meio de pagamento, o qual pode ser colocado no processo depois da mercadoria. Com isso, a concretização do valor - o dinheiro - ocorrerá no fim da venda pelas forças naturais ligadas às possibilidades de funcionamento do mercado (HILFERDING, 1985).

O dinheiro, neste ponto, deixa de ser um elo, uma mera transição substituível, na cadeia de troca, mas sim algo essencial. Na lógica anteriormente apresentada (M-D-M), quando D é creditado, o vendedor só poderá encerrar o ciclo (D-M) com o recebimento, acarretando uma divisão do ciclo em dois momentos distintos. Então a função do dinheiro como meio de pagamento parte do acordo recíproco entre os envolvidos, os quais concordaram com o adiamento do pagamento (HILFERDING, 1985).

Na alteração dos parâmetros temporais, com o dinheiro como meio de pagamento, existe uma promessa de quitação pelo comprador sem garantias, a não ser a confiança entre os agentes. Assim, o vendedor entrega a mercadoria frente a um compromisso: uma letra de câmbio, a qual pode ser, inclusive, segurada por outros sujeitos (HILFERDING, 1985).

A letra de câmbio surge então como moeda fiduciária; um meio de circulação e de pagamento, idealmente respaldada por pessoas de confiança que garantirão o seu valor. Concomitante, tal título figura como um dinheiro creditício o qual finda a troca quando for transformado em dinheiro real (HILFERDING, 1985).

Nessa senda, ressalta-se que a letra de câmbio se contrapõe ao papel-moeda fixado pelo Estado, pois é garantida de forma privada e não social, tendo sua validade vinculada a sua possível transformação/conversão em dinheiro. Dessa forma, qualquer dúvida sobre essa possibilidade faz com que seu uso como meio de pagamento deixe de existir (HILFERDING, 1985).

Para sua validade e logo sua utilização regular no mercado, o dinheiro creditício, ordinariamente traduzido nas letras de câmbio, depende de instituições próprias que comparem e compensem os créditos; quais sejam os bancos. Em decorrência, a economia movimentada pela moeda corrente será proporcional ao volume de títulos compensados (HILFERDING, 1985).

Durante tais ciclos, a compensação só pode ser realizada após reunião e conferência dos títulos. Dessa forma, as instituições bancárias também verificam a credibilidade e possibilidade de solvência ligada a letra de câmbio (HILFERDING, 1985). Surge a partir

daí a primeira forma de atuação dos bancos dentro do mercado; um mediador do fluxo do capital.

Nesse processo, poderá ainda surgir nova complexidade, vez que o banqueiro poderá substituir o crédito comercial por um crédito próprio, ou seja, trocando notas promissórias por notas bancárias. Assim, ao invés de deter uma nota do Estado marcada pelo mínimo necessário à transação, ou uma nota promissória vinculada à produção entre os capitalistas, se tem uma nota emitida pelo banco (HILFERDING, 1985).

Ademais, as notas ligadas às instituições bancárias, muitas vezes, além de poderem ser pagáveis à vista, poderiam ser adimplidas em data posterior; situação na qual ocorria rendimento de juros até a data do pagamento (WILSON, 1847).

O desenrolar da utilização cada vez maior da letra de câmbio, em especial a bancária auxiliou no crescimento dos bancos como um transformador do capital ocioso em ativo - segunda função mencionada. Assim, discorre Rudolf Hilferding sobre esse processo:

[...] o capitalista A tem capital de reserva suficiente para poder aguardar o refluxo vindo do capitalista B, que não dispõe do total de meios de pagamento necessário no ato da compra. Nessa concessão unilateral de crédito, A terá que dispor de uma quantidade adicional de dinheiro que corresponda ao montante devido por B, que este terá que pagar no prazo estipulado. Dessa forma, não seria poupado dinheiro, mas apenas transferido. A situação é outra quando a própria nota promissória atua como meio de pagamento; em outras palavras, quando A não só concede crédito a B, mas toma de C também, ele mesmo, e o paga com a letra de câmbio de B. Se C, por sua vez, tiver que pagar a B e o pagar com sua própria letra de câmbio, ter-se-á consumado aqui, dessa forma, compra e venda entre A e B, A e C e C e B, sem a intervenção de nenhum dinheiro.

Neste momento, como a nota bancária começa a ser cada vez mais empregada no mercado, as compensações e liquidações ocorrem diretamente entre os bancos. Logo, os capitalistas produtores não precisavam mais manter reservas consigo para saldar as diferenças dos próprios títulos, proporcionando um aumento no capital ocioso. O dinheiro, o qual regularmente assume a função de capital monetário (aquele utilizado nas trocas mercantis) é não só poupado, mas também acumulado, dada a substituição da moeda pela letra de câmbio (HILFERDING, 1985).

Em outras palavras, as compensações e liquidações ligadas aos pagamentos passam a ser controladas cada vez mais pelos bancos, permitindo o aumento dos depósitos dos valores antes mantidos pelos produtores para saldar as diferenças mantidas após a compensação dos próprios títulos (HILFERDING, 1985).

Tais ocorrências permitiram a centralização de fundos líquidos não reinvestidos pelas empresas, e das poupanças das famílias. O pagamento mensal dos salários, associado à obrigatoriedade de abertura de contas nos bancos, foram fatores cruciais no desenvolvimento de uma massa de dinheiro líquido nos cofres dessas sociedades. Em

decorrência, houve crescimento expressivo das operações de crédito, concomitante alta remuneração em aplicações (BRUNHOFF, 2005).

Como mencionado, inicialmente mudanças temporais na circulação da mercadoria deram origem à moeda fiduciária, agora o foco torna-se a utilização do capital ocioso. Entretanto o dinheiro só é dinheiro a partir da sua circulação, por isso começaram os movimentos para concessão de crédito, que é exatamente o meio pelo qual valores não-circulantes, também denominados ociosos, tornam-se circulantes (HILFERDING, 1985).

A mencionada injeção de crédito capitalista no mercado tem como pano de fundo a necessidade de se extrair mais dinheiro, em um fenômeno no qual capital monetário se transforma em capital produtor, ou seja, o dinheiro (moeda) consegue produzir (juro). Em decorrência, as quantias de alguém sem capacidade de uso são destinadas a alguém que vai utilizá-las (HILFERDING, 1985).

Esse processo é denominado também como acumulação financeira, sendo entendido como o movimento no qual instituições especializadas centralizam os lucros não investidos e não consumidos por outras empresas nas suas operações regulares, para então valorizá-los na forma de ativos financeiros, ao mesmo tempo em que os mantém fora do ciclo produtivo (CHESNAIS, 2005).

Dessa forma, o banco torna-se a engrenagem no capitalismo que garante e estimula a movimentação do capital ocioso pelo crédito. Importante mencionar que as riquezas acumuladas, para serem utilizadas na expansão de empresas, ou na criação de novas sociedades, muitas vezes precisam crescer até atingir certo volume. Tal expansão ocorre de maneira gradativa ao fim de cada ciclo produtivo, ou seja, ao final de cada exercício - dependendo da ocorrência de lucros ou prejuízos - é possível adicionar os valores obtidos nas operações mercantis ao capital. Essa quantia entesourada, insuficiente à utilização imediata desejada pelo produtor para expansão do seu enriquecimento, perfaz o capital ocioso (HILFERDING, 1985).

Nessa construção, surge o capital financeiro; aquele em poder do banco, destinado ao capitalista industrial, para a partir daí ser investido no empreendimento a fim de garantir a continuidade do ciclo produtivo (HILFERDING, 1985).

Na produção de uma mercadoria, é possível observar como o capital ocioso se forma, ao mesmo tempo em que esse capital, se não entesourado, precisa ser somado ao crédito bancário para aumento da produção, seja pelo aumento da velocidade no ciclo produtivo ou na expansão do empreendimento.

Com isso, nos ciclos produtivos, perpassadas as vendas, o lucro obtido origina um capital latente, o qual poderá seguir dois caminhos: i) ser direcionado ao entesouramento nos bancos; ou ser ii) reaplicado como investimento no próprio negócio. Nos dois cenários, na maior parte dos casos o banco tem seu papel, já que na primeira hipótese o capitalista possivelmente irá direcionar sua riqueza para instituição com melhores oportunidades de rendimento, e na segunda será necessário a contratação de um crédito bancário capaz

de suplementar o lucro a fim de garantir a expansão do empreendimento, com compra de grandes máquinas, por exemplo.

A partir daí, percebe-se que a ociosidade do capital e os aspetos econômicos que lhe estimulam estão intimamente conectadas aos estímulos às novas relações de crédito. Assim, os fatores os quais levam à liberação periódica de riqueza latente pautam as condições dos recursos disponíveis no mercado (HILFERDING, 1985).

Marx (2014) ainda descreve esse fenômeno ressaltando a mais-valia obtida no processo:

O possuidor de dinheiro, que quer valorizá-lo como capital portador de juros, aliena-o a um terceiro, lança-o na circulação, converte-o em mercadoria como capital; e não só como capital para ele mesmo, mas também para outros; ele não é capital apenas para quem o aliena, mas é desde o início transferido a um terceiro como capital, como valor que possui o valor de uso de criar mais-valor, lucro; como um valor que conserva a si mesmo no movimento e que, depois de ter funcionado, retorna àquele que o desembolsou originalmente, no caso em questão, ao possuidor do dinheiro; portanto, um valor que só por algum tempo permanece distante de quem o desembolsou, que só transita temporariamente das mãos de seu proprietário para as mãos do capitalista em atividade e que, por conseguinte, não é pago nem vendido, mas apenas emprestado; um valor que só é alienado sob a condição de, em primeiro lugar, retornar a seu ponto de partida após determinado prazo e, em segundo lugar, retornar como capital realizado, isto é, tendo cumprido seu valor de uso, que consiste em produzir mais-valor.

Posto isso, o banco funciona como um centralizador capaz de acumular o capital não-circulante de terceiros, colocando-o à disposição das pessoas desejadas, pelo tempo mais conveniente. Essa oferta se dá exatamente na forma de crédito, o qual representa o volume inativo em circulação. A partir daí as quantias antes entesouradas, circulam para que então sejam utilizadas como capital do produtor (um ativo) (CHESNAIS, 2005).

Nesse processo, manifesta-se a terceira forma de atuação dos bancos, qual seja a de juntar o capital ocioso de todas as classes e disponibilizá-lo às de sua preferência. Com isso, os capitalistas podem valer-se não só da sua própria riqueza administrada pelos bancos, mas também dos recursos das outras classes para maximização dos seus rendimentos ociosos. Como ferramenta de manutenção dessa função, os bancos pagam juros para os depósitos em seu controle, e promove uma dispersão de estabelecimentos ou meios de atingir o maior número de indivíduos. (HILFERDING, 1985).

Em tal fenômeno, o banco aglutina as pequenas somas, incapazes de serem utilizadas como capital-dinheiro e gerarem uma “força financeira”, concedendo-as a outro agente (mais economicamente relevante) a fim de promover outro processo de circulação (BRUNHOFF, 2010).

Frente a tal situação, os bancos são capazes de converter meio de pagamento em capital monetário, antes da produção efetiva de valor (em forma de um bem por exemplo), desde que mantenha consigo um montante capaz de assegurar um movimento massivo de

retirada nos cenários onde depositários perderam a confiança na instituição, buscando seu dinheiro “real” (HARVEY, 2015).

Ao mesmo tempo, como mediador do crédito, eles têm seu lucro oriundo do juro pelo capital emprestado. Dessa forma, conseguem lucrar com capital próprio, acumulado por parte do lucro em exercícios anteriores, e ao mesmo tempo com o patrimônio de terceiros, sobre o qual paga juros mais baixos do que cobra (HILFERDING, 1985).

No contexto corporativo, Marx coloca o juro pago pelo banco como um repasse do capitalista industrial às instituições bancárias, o qual tem como fonte o “trabalho” do empresário. Assim, surge como uma parte do lucro (mais-valia), ou seja, é separada do lucro com um nome próprio, sem transparecer que dele faz parte (MARX, 2014). O autor ainda, complementa:

No capital portador de juros, abrevia-se o movimento do capital; deixa-se de lado o processo intermediário, de maneira que um capital = 1.000 é fixado como uma coisa que é por si mesma = 1.000 [a] e que, ao final de dado período, converte-se em 1.100, tal como o vinho guardado na adega, que depois de certo tempo também aumenta seu valor de uso. O capital é agora uma coisa, mas, como tal, é capital. O dinheiro tem agora amor no corpo. Tão logo é emprestado ou investido no processo de reprodução (na medida em que rende ao capitalista ativo, como a seu proprietário, juros separados do ganho empresarial), crescem seus juros, não importando se ele dorme ou está acordado, se está em casa ou viajando, se é dia ou noite. Assim, o desejo do entesourador se realiza no capital monetário portador de juros (e todo capital é, segundo sua expressão de valor, capital monetário - ou é agora considerado a expressão do capital monetário).

Neste ponto, percebe-se como as instituições bancárias possuem grande poder dentro do mercado, pois são o maior, se não o único meio de acesso à crédito em grandes volumes. Essa superioridade fica evidente quando percebemos que todo o industrial, comerciante e até mesmo famílias possuem débitos a serem honrados, dependendo da disponibilidade de seu banqueiro para crescimento, competitividade, ou até mesmo subsistência em tempos de escassez (HILFERDING, 1985).

3 I FINANCEIRIZAÇÃO E O CENÁRIO ATUAL

Agora que já foram criadas as primeiras bases para compreensão do funcionamento dos bancos e sua relação com o ciclo do capital e da renda, é possível delimitar o cenário atual ligado à atuação do sistema bancário e financeiro. Aspecto esse relevante para a próxima compreensão dos problemas sociais gerados pela atuação das instituições bancárias, os quais degradingolam na manutenção da desigualdade social.

A terceira forma de atuação mencionada no tópico anterior (redistribuidor de capital entre as classes) cria dependência dos agentes produtores com os bancos, garantindo que as relações econômicas no mundo atual sejam balizadas e controladas pelo capital financeiro.

Nesse sentido, tal dependência possui de forma mais clara essencialmente 3 razões: i) importância decisiva do crédito para expansão da empresa; ii) a concessão de créditos bancários exerce grande influência sobre o próprio sistema de bancos em comparação à outros créditos, já que possibilita a concentração do setor, conseqüentemente os princípios que balizam as relações com as indústrias devem ser revistos por parte dos bancários; e iii) conta corrente do empreendimento é informação disponível ao banco para atuação no mercado, não sendo raros os casos em que créditos bancários norteiam a direção da produção industrial (HILFERDING, 1985).

Ao longo do processo, os bancos figuram como padrões da indústria, fontes de seus lucros, bem como do trabalhador, em situação comparável ao antigo usurário, com seu juro, valendo-se do camponês e do seu senhor (CHESNAIS, 2010)

Na relação produtor-banco, o industrial fica preso a este. Contudo, nesse vínculo as vantagens recaem para o lado mais forte, neste caso, as instituições bancárias. Isso se dá principalmente porque enquanto a indústria precisa de mercadorias e proceder com vendas regulares para quitar sua dívida e conservar o acesso ao crédito, os bancos sempre têm a sua disposição capital líquido, mesmo que o devedor não pague. Logo, embora seja significativo para o credor receber pela quantia emprestada, é ainda mais importante o devedor garantir a possibilidade de adquirir novo crédito. Observa-se então que a força do capital monetário e sua livre disposição decide dentro das relações a dependência de um para com outro (HILFERDING, 1985).

O fator dependência econômica associada a tendência adaptativa natural do capitalismo em sempre querer ultrapassar seus limites, culminaram na hegemonia das instituições financeiras dentro do cenário econômico mundial. Em tal processo de adaptação, a criação do capital financeiro no fluxo do dinheiro se coloca como a fonte isolada mais importante dos recursos ligados às realocações nos ciclos produtivos. A única matriz alternativa a esse fenômeno paira sobre a superacumulação, a qual ainda depende dos bancos, dada a necessidade de monetização das mercadorias ociosas acumuladas (HARVEY, 2015).

Dito isso, afirma-se que o capitalismo contemporâneo é um capitalismo superexplorador, no qual a exploração do dinheiro permite a maximização do lucro sem necessariamente depender de novos espaços produtivos de acumulação. A finança, então, possibilita um funcionalismo puro do capitalismo neoliberal, movido frente às regras e restrições (BRUNHOF, 2010).

Nesse cenário, a financeirização, que sintetiza a construção argumentativa até aqui, é exatamente o movimento pelo qual não só o capital financeiro toma lugar do capital industrial, mas também a infraestrutura econômica se volta à elevação constante da taxa de exploração, via juros. A partir daí é possível compreender o peso das instituições bancárias na alocação de recursos e nos desdobramentos que atingem a grande massa (BRUNHOF, 2010).

Não por acaso, identifica-se duas funções claras da financeirização: i) lucratividade exacerbada, a qual gera pressões para elevação da exploração e ii) estabelecer um modo de repartição adequado às novas reproduções do capital. Assim, esse movimento escancara às contradições econômicas marcantes do capitalismo contemporâneo, por meio da recusa em satisfazer as necessidades sociais - distantes de fatores de escolha e eficácia das finanças (BRUNHOF, 2010).

Essa eficácia na reprodução do capital conta com o desenvolvimento de valores fictícios, fulcrais na sustentação do capitalismo, pois representa uma solução perene para maximização desse sistema econômico, qual seja a necessidade de tornar produtivo algo improdutivo, no contexto da geração de mais-valor (HARVEY, 2015).

No mais, interessante observar a toxidade da financeirização para o mercado, particularmente no tocante à concorrência. Para o ambiente competitivo, os bancos operam como agentes ativos a serviço da concentração do capital e cartelização dos setores econômicos. Assim, para conservar a lucratividade máxima tais instituições buscam multiplicar esforços para criação de monopólios, eliminando a concorrência dentro do capital industrial (CHESNAIS, 2010).

Nesse diapasão verifica-se diuturnamente um estímulo a concentração do capital também entre às empresas, estruturando a construção de oligarquias com grandes fortunas, as quais só desejam enriquecer via reprodução de sua dominação, ainda que valendo-se da democracia somente como fachada (CHESNAIS, 2010).

4 | GIGANTISMO DA CAPACIDADE ECONÔMICA DO SETOR

Na conjuntura econômica mundial, o setor financeiro tem capacidade econômica que faz jus à toda argumentação desenvolvida até aqui, figurando como um dos setores mais rentáveis inclusive na economia nacional.

Essa afirmação se torna clara quando analisamos alguns levantamentos comparativos elaborados em relação às receitas e lucros das corporações. Inicialmente, observa-se em nível global grandes receitas e lucros provenientes das instituições bancárias.

Industria	Receita (bilhões)
Exploração e produção de petróleo e gás	5.253,4
Operadoras de seguros de vida e saúde	4.629,2
Fundos de Pensões	4.253,6
Imóveis Comerciais	4.200,1
Vendas de carros e automóveis	3.739,6
Operadoras de seguros gerais e diretos	2.891,3
Bancos Comerciais	2.823,3
Fabricação de automóveis e automóveis	2.668,9
Mineração de Carvão	2.542,6
Operadoras de telecomunicações sem fio	2.007,3

Tabela 1 - Receita Mundial das maiores indústrias - expectativas para 2024

Fonte: IBISWORLD (2023)

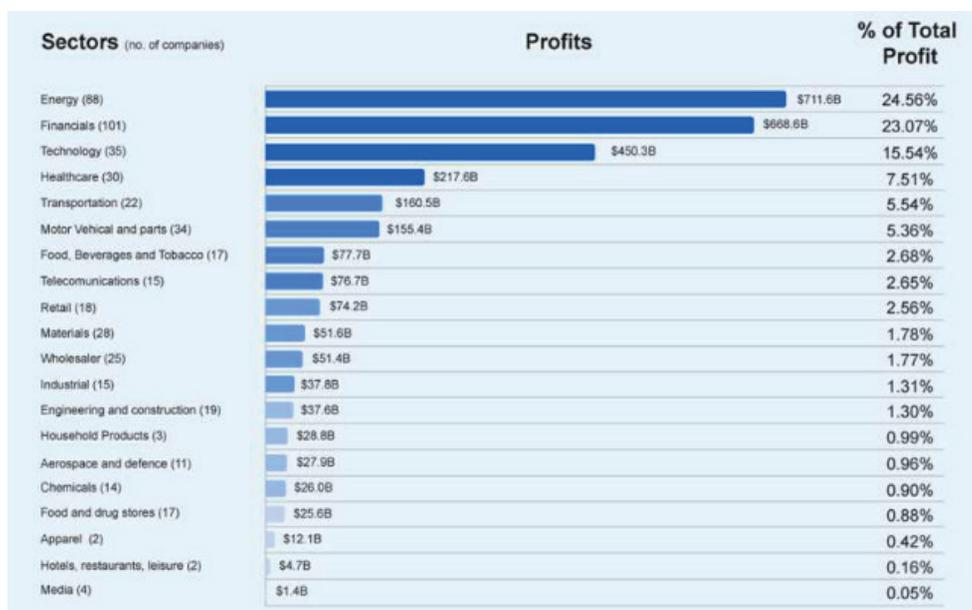


Figura 1 - Setores mais lucrativos para as maiores corporações em 2023

Fonte: GROW&CONVERT (2023).

Dentro dos dados apresentados, é possível mensurar o impacto econômico colossal dos bancos, cujas receitas representam uma grande parte do total global, concomitante, ocupam o segundo lugar nos maiores lucros auferidos. Se considerarmos que os fundos de pensão promovem grandes ganhos aos bancos, dado seu controle sobre esses recursos (SAUVIAT, 2005), e muitas seguradoras estão vinculadas a grandes instituições bancárias²,

2 No Brasil, por exemplo, das 5 maiores seguradoras, 4 pertencem aos bancos. Bradesco Vida e Previdência S.A. (18,17% do mercado e pertence ao mesmo grupo do banco Bradesco), Brasilseg Companhia de Seguros, (10,6% do mercado e pertence ao mesmo grupo econômico do banco do Brasil), Zurich Santander Brasil Seguros e Previdência

provavelmente a tabela 3 indicaria ainda mais receitas a tais corporações. Dessa forma, não é coincidência que o setor possua a maior quantidade de bilionários em comparação aos demais³.

Na conjectura brasileira, de acordo com dados do IBGE, os ganhos provenientes das atividades financeiras detêm vitalidade destacada. Dentre doze grupos verificados na pesquisa, o setor perde somente para agropecuária e indústria extrativa:

	Trimestre/trimestre anterior dessazonalizado				Trimestre/igual trimestre do ano anterior				Acumulado	
	1T23	2T23	3T23	4T23	1T22	2T23	3T23	4T23	No ano	Em quatro trimestres
PIB a preços de mercado	1,3	0,8	0,0	0,0	4,2	3,5	2,0	2,1	2,9	2,9
Impostos sobre produtos	0,5	1,1	0,0	-0,6	3,8	2,8	1,2	0,7	2,1	2,1
Valor adicionado a preços básicos	1,6	0,8	0,1	-0,1	4,3	3,5	2,1	2,3	3,0	3,0
Agropecuária	20,9	-6,4	-5,6	-5,3	22,9	20,9	8,8	0,0	15,1	15,1
Indústria	0,0	1,0	0,6	1,3	1,5	1,0	1,0	2,9	1,6	1,6
Extrativa	3,5	1,6	0,7	4,7	8,0	8,6	7,2	10,8	8,7	8,7
Indústria de transformação	-0,5	0,4	0,0	-0,2	-1,4	-1,9	-1,5	-0,5	-1,3	-1,3
Eletricidade e gás, água, esgoto, ativ. de gestão de resíduos	1,6	0,7	3,3	2,8	6,8	3,3	7,3	8,7	6,5	6,5
Construção	-0,8	1,5	-3,7	4,2	1,5	0,5	-4,5	0,9	-0,5	-0,5
Serviços	0,6	0,7	0,3	0,3	3,3	2,7	1,8	1,9	2,4	2,4
Comércio	0,7	0,3	-0,1	-0,8	1,5	0,6	0,7	-0,1	0,6	0,6
Transporte, armazenagem e correio	0,3	1,5	-1,0	-0,6	4,8	4,3	1,6	0,0	2,6	2,6
Informação e comunicação	-2,2	1,1	0,9	-0,1	6,1	3,9	1,6	-0,3	2,6	2,6
Atividades financeiras, de seguros e serviços relacionados	2,1	1,5	1,3	0,7	6,1	7,8	7,0	5,6	6,6	6,6
Atividades imobiliárias	0,3	0,8	1,4	0,1	2,7	2,9	3,6	2,7	3,0	3,0
Outras atividades de serviços	-0,3	1,0	0,5	1,2	5,2	2,8	1,1	2,4	2,8	2,8
Adm., defesa, saúde e educação públicas e seguridade social	1,1	0,2	0,5	0,1	0,6	1,7	0,4	1,7	1,1	1,1

Figura 2 - PIB e setores produtivos: evolução das taxas de crescimento (Em %)

Fonte: CARVALHO; ARAÚJO (2024).

Segundo os dados de 2021, dentre as 10 empresas mais lucrativas do Brasil, Itaú, Bradesco, Banco do Brasil e Santander figuraram respectivamente em 3º, 4º, 6º e 8º lugares somando 81,7 bilhões de reais de lucro. Esse poderio econômico se mantém em valor de mercado, entre as 10 empresas mais valiosas da bolsa, 5 são instituições bancárias:

Empresa	Valor (bilhões R\$)
Petrobras (PETR4)	512
Itaú Unibanco (ITUB4):	315
Vale (VALE3):	309
Ambev (ABEV3)	201
BTG (BPAC11)	169
Banco do Brasil (BBAS3):	165
WEG (WEGE3)	140

S.A.(9,37% do mercado e pertence ao mesmo grupo econômico do Banco Santander), Itaú Seguros S.A. (6,91% do mercado e pertence ao mesmo grupo econômico do banco Itaú) (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2023)

3 Lucro pro acionista: finanças dominam lista de bilionários da Forbes. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2023/12/04/tecnologia-industria-e-mais-quais-setores-mais-faturaram-no-mundo-em-2022.html>. Acesso em: 25. Mar. 2024

Bradesco (BBDC3)	136
Santander (SANB11)	109

Tabela 2 - Corporações mais valiosas da bolsa de valores

Fonte: B3 (2024)

Portanto, verifica-se a gigantesca capacidade econômica dos bancos, não só no Brasil, como em todo o mundo. Contudo, tantos ganhos se mostram alcançáveis por forças de mercado criadas e estimuladas por essas instituições, cujas consequências se dá em prejuízo à igualdade econômica da população.

5 | FINANCEIRIZAÇÃO E A DESIGUALDADE

No contexto da financeirização, os rendimentos oriundos do capital alcançam grande destaque nas formas de enriquecimento. Assim, na composição da renda nas camadas mais economicamente privilegiadas, tais ganhos ocupam maior espaço e comparação aos proventos do trabalho. O destaque da renda obtida pelo capital, conseqüentemente, coloca-se como fator primordial na manutenção e intensificação da desigualdade, sustentando o regime encabeçado pelas finanças (ZALEWSKI; WHALEN, 2010).

Nesse sentido, é muito marcante na dinâmica de distribuição de renda dominada pelas finanças, como a participação das rendas do capital desenvolvem-se em detrimento da renda do trabalho. Conseqüentemente, observa-se a estagnação dos salários para gerar em contrapartida maiores lucros aos capitalistas, que possibilita rendas maiores se reinvestidos no âmbito financeiro (PALLEY, 2013).

Essa relação positiva entre lucro e inexistência de investimentos no empreendimento a fim de aumentar a renda oriunda do rentismo pode ser constatada por dados da economia brasileira conforme Figura 9. Estas informações demonstram como a partir de 1975, macroeconomicamente os resultados da produção nacional foram proporcionalmente mais direcionados à investimentos financeiros do que reinvestidos ou alocados como capital produtivo, em um movimento que acompanha a evolução da financeirização da economia.

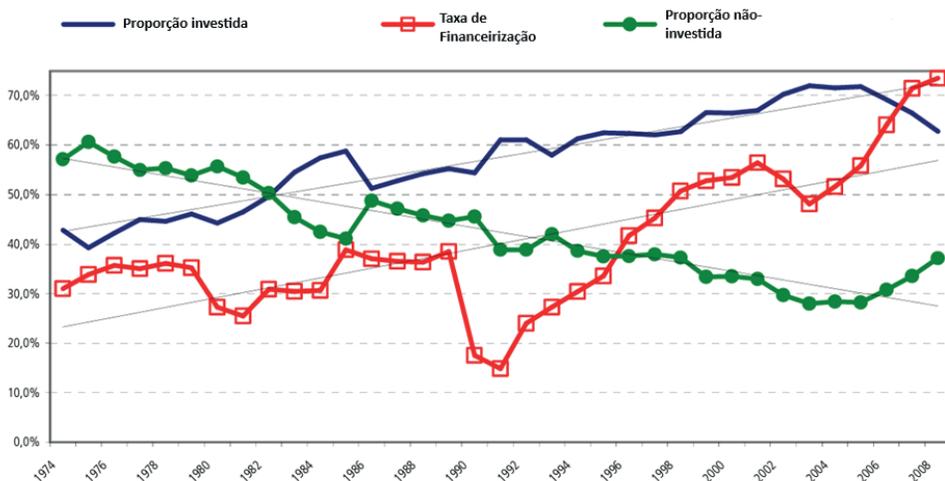


Figura 3 - Alocação do lucro bruto macroeconômico e taxa de financeirização⁴ na economia brasileira (1950-2008)

Fonte: Bruno, et. al. (2009).

Nessa lógica, os assalariados sofrem de forma intensa a coerção criada visando maior rentabilidade exigida pelos administradores das corporações, especialmente quando a influência se dá nos mercados de ações. Frente à exigência de alavancagem dos valores acionários provenientes dos negócios, os dirigentes focam na implementação de medidas neoliberais as quais agradem os grupos de investidores: como redução de custos via demissões, e investimentos em atividades mais eficazes na geração de renda (CHESNAIS, 2010).

Com isso, na ânsia de potencializar o impacto das finanças, são implementadas macroeconomicamente medidas tipicamente neoliberais. Sua consequência nada mais é, senão o aumento da desigualdade socioeconômica, a qual se manifesta inclusive entre super-ricos, ricos, classe média e pobres. Assim, classes com mais capital se beneficiam na financeirização via portfólios ativos de capital financeiro. Todavia, os mais pobres têm sua qualidade de vida reduzida pelo enfraquecimento da legislação trabalhista protetiva, mercantilização de serviços e salários desvalorizados (CHESNAIS, 2010).

Os mencionados mecanismos de regulação neoliberais, típicos da financeirização, reconhecidamente figuram como medidas que geram desigualdade. Surpreendentemente economistas do próprio Fundo Monetário Internacional reconhecem essa conexão⁵:

Ao invés de proporcionar crescimento, algumas políticas neoliberais

4 razão entre o total de ativos financeiros não monetários – dado pela diferença entre os agregados monetários M4 e M1 (deflacionados pelo IGP-DI) – e o estoque total de capital fixo produtivo líquido de depreciação, isto é, máquinas e equipamentos mais construções não residenciais.

5 Os autores Jonathan D. Ostry, Prakash Loungani, and Davide Furceri publicaram texto disponível no próprio site do Fundo Monetário Internacional, o qual põe em xeque exageros típicos de políticas neoliberais. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2016/06/ostry.htm>. Acesso em: 18 de jun. de 2024

aumentaram a desigualdade, comprometendo a durabilidade da expansão. [...] Os benefícios em termos de maior crescimento parecem bastante difíceis de estabelecer quando se olha para um grupo alargado de países. [...] Os custos em termos do aumento da desigualdade são proeminentes. Esses custos resumem o compromisso entre o crescimento e efeitos de equidade de alguns aspectos da agenda neoliberal. [...] O aumento da desigualdade, por sua vez, prejudica o nível e a sustentabilidade do crescimento. Mesmo que o crescimento seja o único ou principal objetivo da agenda neoliberal, os defensores dessa agenda ainda precisam prestar atenção aos efeitos distributivos (OSTRY ; FURCERI; LOUNGANI, 2016, tradução nossa).

Essa lógica recai em um cenário no qual os juros possuem ainda mais importância do que os lucros, embora diretamente conectados (maiores lucros proporcionam maiores juros). Ao mesmo tempo nota-se o crescimento da força do rentismo, em detrimento da atividade verdadeiramente produtiva. Assim, o sistema financeiro provém mais recursos às economias do que o setor produtivo (PALLEY, 2013).

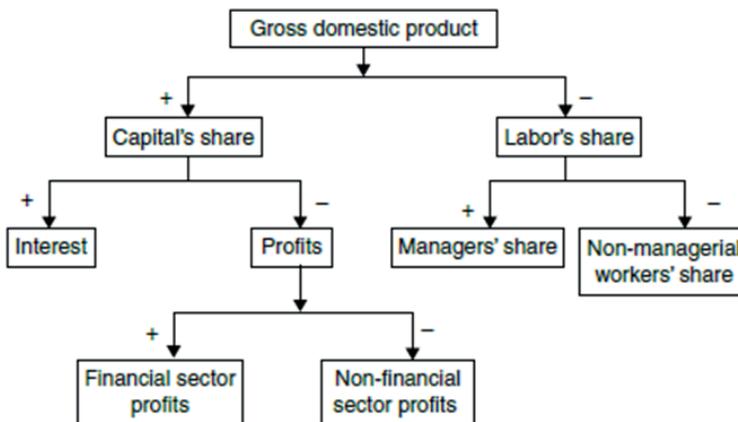


Figura 4- Financeirização e distribuição de renda

Fonte: PALLEY (2013)

Mesmo que reconhecidamente escassos, alguns trabalhos buscam comprovar de forma empírica a relação entre financeirização e desigualdade, de forma a isolar os dados relevantes para a análise. Hyde vai ao encontro das diretrizes expostas até aqui, ao demonstrar como o capital financeiro volta-se muito mais para as camadas mais abastadas.

Allen Hyde (2019) avalia a influência da financeirização entre as classes colocadas em seu estudo como os ricos (top 1%), Afluentes (top 10%), cauda superior (correspondente à classe média) e cauda inferior. Dessa forma, o autor demonstra como a desigualdade se intensifica para classe média e a baixa em cenários de expansão de crédito. Ainda menciona como a maior disponibilidade de capital financeiro parece gerar uma força para aumento da lucratividade por meio da redução de salários. Ao final, faz um apelo para que

as pesquisas se voltem à análise dos impactos ligados à financeirização na classe média e principalmente para a camada da população mais pobre.

Em um estudo focado nos grandes detentores de capital (top 1%) da OCDE⁶ entre 1990 e 2010, Flaherty (2015) avalia os impactos da financeirização exatamente para esta classe. Segundo o autor, o estudo foi capaz de verificar a exploração dos rendimentos e uma captura dos recursos nacionais pelo capital financeiro em comparação ao trabalho. Também ratifica como a finança é um catalisador da desigualdade ainda maior do que a globalização e a tecnologia para mudança e redução do estado de bem-estar social.

Tomaskovic e Lin (2013), em seu trabalho analítico em relação ao crescimento do setor financeiro nos Estados Unidos, encontraram substrato nos dados verificados pelo seu modelo (concentração de alguns setores, mercado de trabalho, capital consumido etc.) para confirmar sua hipótese de que a financeirização do país culminou na concentração dos privilégios econômicos na mão de uma maioria já abastada. Concomitante, perceberam que a substituição do capital produtivo pode promover uma alteração nas relações sociais e na dinâmica econômica, em prejuízo a força de trabalho na distribuição de ganhos promovidas pelo empreendimento.

Destacam-se também a obra de Gunnar Myrdal, “Teoria Econômica e Regiões Subdesenvolvidas” (1960), na qual o autor desenvolve a ideia de que a preferência pela alta liquidez, em um cenário de grande mobilidade de capital, promove a saída de riqueza da periferia para os centros produtivos, acarretando um desenvolvimento desigual. Assim, assevera:

Estudos em muitos países revelam como o sistema bancário, quando não controlado para operar de maneira diferente, tende a transformar-se em instrumento que drena as poupanças das regiões mais pobres para as mais ricas e mais progressistas, onde a remuneração do capital é alta e segura (MYRDAL, 1960).

Engelbert Stockhammer, Professor de Política Econômica do departamento Europeu e Estudos internacionais do *King's College*, possui alguns trabalhos bem contundentes na correlação entre financeirização e desigualdade. Assim, coloca esse fenômeno como o principal redutor da distribuição de renda na era globalizada.

O autor constrói a lógica da distribuição de renda sobre 4 determinantes: mudanças tecnológicas⁷, globalização⁸, financeirização e estado de bem-estar social, as quais

6 Australia, Denmark, Finland, France, Ireland, Italy, Japan, New Zealand, Norway, Spain, Sweden, Switzerland, United Kingdom, and the United States

7 Estudo apontam as mudanças tecnológicas como influência na redistribuição de renda. De forma clara, o Fundo Monetário Internacional identificou a aplicação de novas tecnologias como causa da redução na distribuição de Renda (IMF, 2007). Isso se dá pelo argumento de que as tecnologias de comunicação e informação demandam uma mão de obra muito qualificada, ocasionando um aumento dos salários ligados a tais trabalhadores, concomitante redução das rendas daqueles próximos aos labores manuais (AUTOR, et. al., 1999).

8 Existem duas abordagens para a globalização. A primeira clássica, na qual o fenômeno auxilia o desenvolvimento das economias nacionais tem como expoente a teoria Stolper-Samuleson (1941). Assim, as economias avançadas perceberiam melhoras em sua riqueza, e as emergentes seriam beneficiadas no desenvolvimento da mão de obra. Todavia, os autores clássicos não consideravam a mobilidade do trabalho e do capital, e, portanto, as teorias precisaram ser revistas frente à sua incapacidade de explicar o padrão do comércio internacional oriundo da grande fluidez de recursos

interagem em uma equação: $WS = f(\text{tech, glob, fin, wfst})^9$. Tal raciocínio pode ser esboçado na figura abaixo, de modo que existem intersecções entre as determinantes, dado o reconhecimento da linha tênue existente entre os fatores. A globalização, por exemplo, tem papel fundamental no rompimento dos limites existentes ao capital financeiro.

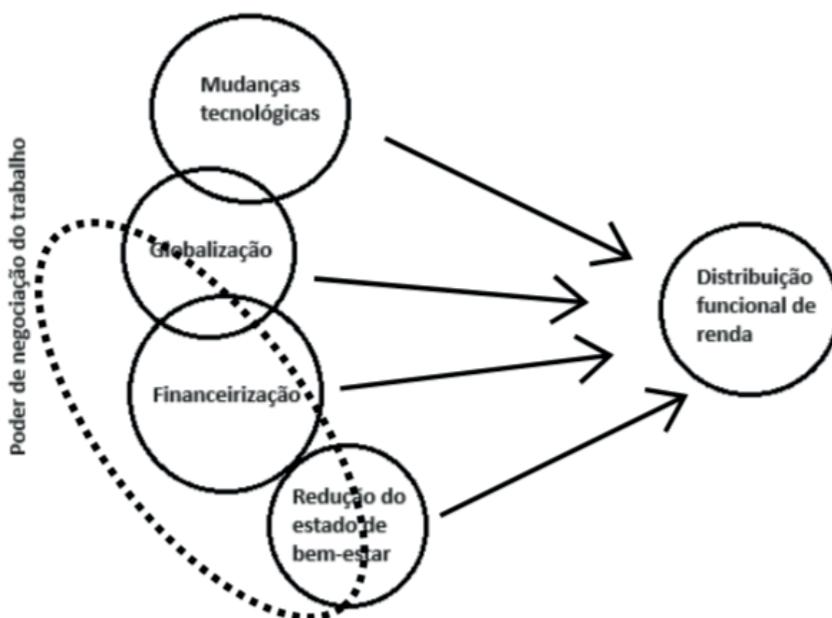


Figura 5 - Principais determinantes da distribuição funcional de renda

Fonte: STOCKHAMMER (2012)

Percebe-se como o poder de troca do trabalho cruza todos os fatores, vez que o capital financeiro afeta a capacidade de negociação do labor. A distribuição ideal de renda, frente às imperfeições de mercado, precisa passar pelo impacto da competência do trabalhador “barganhar” pelos seus direitos - algo usualmente feito por meio dos sindicatos. Com isso, um poder de negociação maior implica em um aumento de salários, se a procura pelos postos de trabalho mostrar-se inelástica (STOCKHAMMER, 2012).

Nesse sentido, após levantamento e aplicação dos índices escolhidos, o autor consegue demonstrar como dentre todas as determinantes, a que mais se destaca

no mundo globalizado.

A segunda, buscando preencher essa lacuna introduziu a mão de obra heterogênea nos modelos comerciais. Dessa forma, valendo-se das variações na qualificação dos trabalhadores, se aproximaram de um resultado no qual os trabalhadores de baixa escolaridades seriam prejudicados nos países desenvolvidos, ao mesmo tempo poderiam ser observados efeitos positivos para os trabalhadores nos países em desenvolvimento (FEENSTRA; HANSON, 1997).

A globalização inevitavelmente deveria figurar como fator de alteração na distribuição de renda inclusive por força de relatório elaborado pelo Departamento de Pesquisa do fundo monetário internacional: “Despite these benefits, the globalization of labor has negatively affected the share of income accruing to labor (the labor share)”. (IMF, 2007)

⁹ Equação de Participação Salarial (WS) inclui variáveis para mudança tecnológica (tech), globalização (glob), financeirização (fin) e contenção do estado de bem-estar social (wfst).

como força na distribuição de renda é a financeirização, especialmente nos países em desenvolvimento (STOCKHAMMER, 2012).

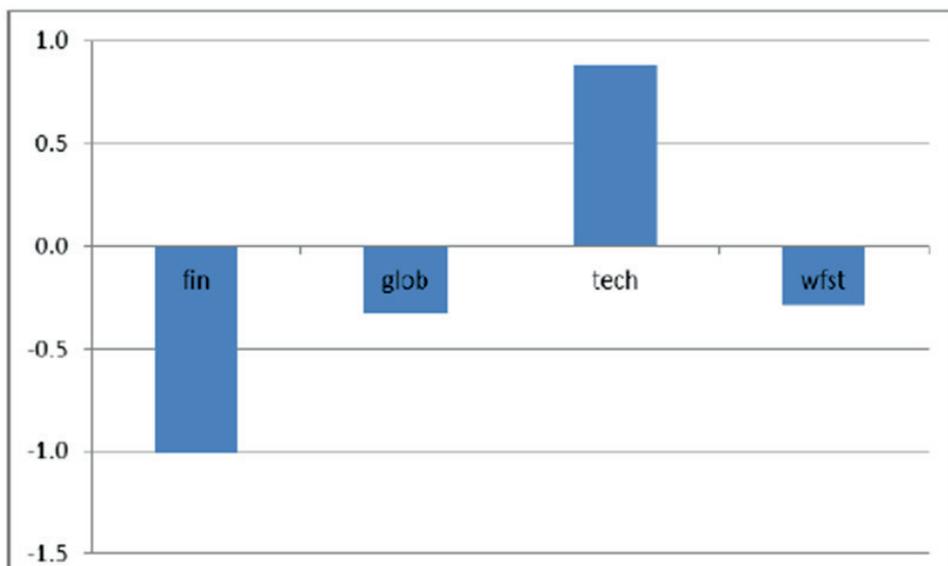


Figura 12 - Contribuição para a mudança na parcela salarial dos países em desenvolvimento, 1990/94 a 2000/04

Fonte: STOCKHAMMER (2012)

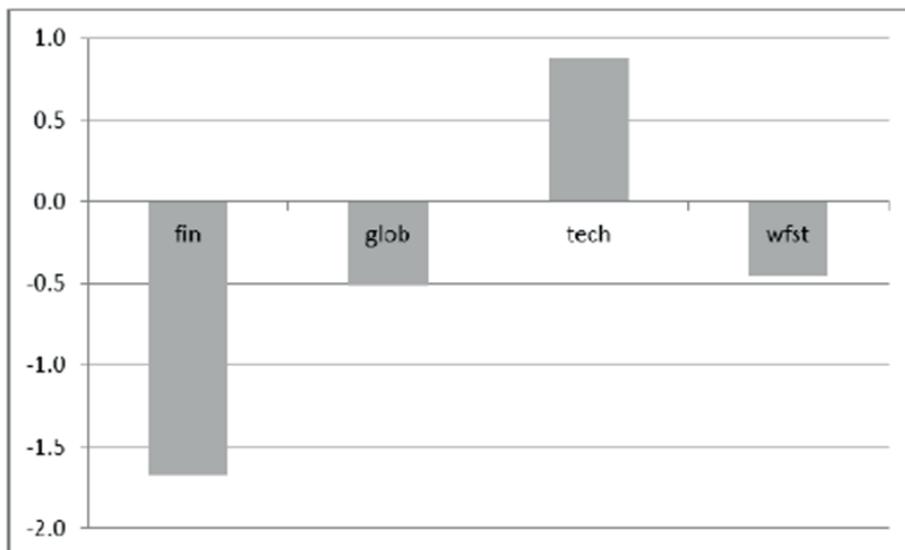


Figura 13 - Contribuições para a alteração da parcela salarial de todos os países, 1990/94 a 2000/04

Fonte: STOCKHAMMER (2012).

A partir desses dados restou demonstrado como a financeirização foi a principal causa na redução da distribuição de renda, o que vai de encontro às teorias as quais colocam o desenvolvimento tecnológico como o grande responsável pelo crescimento da desigualdade nas últimas décadas. Ao mesmo tempo, ficou evidente como o desenvolvimento do capital financeiro contribui não só para má distribuição de renda em países em desenvolvimento, mas também naqueles com economias solidificadas (STOCKHAMMER, 2012). Logo, observa-se que a forma como o sistema financeiro está estruturado determina, mesmo em associação a outros elementos, a distribuição de renda.

No contexto brasileiro, os estudos são ainda mais escassos, porém quando os autores conseguem captar dados relevantes para o impacto da financeirização, é possível desenvolver uma ligação entre o fenômeno e o crescimento da desigualdade. Medeiros e Castro (2018) a partir dos dados divulgados dentro da Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física (DIRPF) identificam que o 1% mais rico da população no período entre 2006 e 2012 elevou seus rendimentos oriundos do capital, sendo esses extremamente concentrados. Particularmente sobre as finanças, é notável o fato de que três quartos das rendas de aplicações financeiras de todos os ganhos de capital dos 10% mais ricos são apropriados por essa pequena parcela da população.

As especificidades envolvendo o desenvolvimento do capital financeiro na economia brasileira, potencializaram no país a preferência pela liquidez dentre os mais ricos. Tal fator é encarado não só como barreira ao crescimento econômico, atestada pelo crescimento modesto do PIB brasileiro entre 2004-2010, mas também como elemento de reconcentração funcional de renda, conforme demonstra Miguel Bruno, Hawa Diawara, Eliane Araújo, Anna Carolina Reis e Mário Rubens (2009) em trabalho o qual compilou dados da economia brasileira juntamente com as abordagens mais notórias sobre a financeirização.

Olhando para o Brasil, observa-se a existência de uma arcabouço constitucional-tributário pautado em princípios relativos à edificação de um sistema arrecadatório catalisador da igualdade econômica entre os indivíduos, sendo capaz até mesmo de promover a redistribuição de renda para tal fim. Nessa mesma circunstância, constata-se a atuação das instituições bancárias, cuja capacidade econômica é assombrosa, figurando como principais agentes da financeirização, e pela atuação no capitalismo atual, mostram-se grandes motores da desigualdade econômica.

Logo, espera-se que a tributação, sobre os preceitos da progressividade e capacidade contributiva, onere em demasia os bancos. Afinal, para conservação dos princípios constitucionais seria importante a existência de uma legislação tributária focada no setor, com o objetivo de redirecionar os recursos deste grande detentor de capital e mitigar os efeitos deletérios dessas empresas sobre a igualdade.

Ressalta-se que a justificativa pelo tratamento oneroso parte da grande capacidade econômica do setor, mas a lógica constitucional que circula o princípio não poderia ser ignorada frente a aptidão dos bancos para manutenção da concentração de renda.

A constatação dessa expectativa deveria estar expressa em cargas tributárias elevadas, especialmente no imposto de renda - tributo fortemente marcado pela progressividade. Entretanto, uma análise minuciosa da legislação, associada aos dados dos montantes oriundos dos bancos e destinados aos cofres públicos dão sinais preocupantes de negligência legislativa aos preceitos da capacidade contributiva e progressividade.

6 | PAPEL DA TRIBUTAÇÃO

No contexto apresentado, a política tributária reconhecidamente surge como um freio à expansão do capital financeiro, não só pelas bases constitucionais já existentes as quais vão de encontro aos objetivos da financeirização, mas também por se desenharem dentro das expectativas e critérios esperados em políticas redistributivas.

Dentro da lógica doutrinária estabelecida identifica-se como como progressividade e a capacidade contributiva interagem de forma a auxiliar na redução de desigualdades. Estudos nacionais ainda reforçam essa máxima (RIBEIRO, 2015)

A progressividade, hoje, não mais deve ser extraída de uma visão utilitarista de igual sacrifício, mas como importante instrumento de redistribuição de rendas no Estado Social, o que é reconhecido até mesmo por pensadores liberais menos ortodoxos, como o próprio John Rawls, que, embora defendesse a proporcionalidade como um dos princípios da justiça como equidade, considerando ser essa modalidade de tributação mais adequada ao estímulo da produção, reconheceu também que, nos sistemas tributários de países em que haja maior desigualdade social, a progressividade dos impostos sobre a renda é medida exigida pelos princípios da liberdade, da igualdade equitativa de oportunidades e da diferença.

Nesse diapasão, o sistema tributário desponta como um dos movimentos relevantes à mudança do paradigma atual, atuando na reconfiguração da balança do poder econômico por detrás dos ciclos de negócios (PALLEY, 2013). A importância desse raciocínio parte inclusive da forma como as instituições bancárias se aproveitaram de desonerações ocorridas no governo bush (PALLEY, 2013): se a redução da carga estimulou a atuação e crescimento do capital financeiro, é exatamente a elevação do ônus que auxiliará na contenção da financeirização e seus desdobramentos indesejados sob o olhar da igualdade.

Neste ponto, importante mencionar como a doutrina reiteradamente coloca os tributos como ferramentas a serviço da redução das desigualdades. Assim, reitera-se a lógica desenvolvida por Stiglitz (2017), o qual exalta em seus trabalhos a importância de um imposto de renda amplo e progressivo na redução das desigualdades.

7 | IRPJ E CSLL DOS BANCOS

A Constituição busca a promoção da justiça fiscal e redistribuição de riquezas versando sobre capacidade contributiva, e especialmente sobre a progressividade do

imposto de renda (art. 153, §2º, I) (TIPKE; YAMASHITA, 2002). Como um dos meios para atingir esse objetivo, o Estado promoveu a instituição de tributos ligados aos lucros da atividade empresarial: o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) (TORRES, 1993).

Ressalta-se que a própria Receita Federal agrega os registros de arrecadação ligados aos dois tributos. Tal fato ocorre porque suas hipóteses de incidência e as bases de cálculo são muito semelhantes. Aliás, a instituição da CSLL tem como uma de suas justificativas a necessidade da União obter exclusivamente arrecadação relacionada aos lucros das empresas, haja vista que os estados e municípios aproveitam-se de parte dos ganhos oriundos do IRPJ (SOUZA, 2016).

No tocante às bases de cálculo, fica evidente a simetria entre os tributos pela redação dos artigos 27 e 28 da Instrução Normativa 1.700/2017, responsável pela determinação e pagamento do imposto sobre a renda e da contribuição social sobre o lucro líquido das pessoas jurídicas:

Art. 27. A base de cálculo do IRPJ, determinada segundo a legislação vigente na data da ocorrência do respectivo fato gerador, é o lucro real, lucro presumido ou lucro arbitrado, correspondente ao período de apuração.

Art. 28. A base de cálculo da CSLL, determinada segundo a legislação vigente na data da ocorrência do respectivo fato gerador, é o resultado ajustado, resultado presumido ou resultado arbitrado, correspondente ao período de apuração.

Embora possam ser identificadas semelhanças, a contribuição, diferente do imposto, tem destinação específica, devendo ser aplicada diretamente na seguridade social, como um recurso da previdência, saúde e assistência social.

Ainda sobre algumas diferenças, enquanto o IRPJ tem como referência normativa o art. 43, *caput*, I e II do Código Tributário Nacional (CTN), a CSLL foi instituída pela Lei nº 7.689/88.

As alíquotas desses tributos aplicadas aos bancos, dado o numerário volumoso da sua atividade econômica, dizem respeito a 25% (15%+10% - art. 3º, Lei 9249/95) para o imposto de renda, e 20% (art. 3º, I, Lei 7.689/88) para a contribuição social sobre o lucro líquido. Em comparação a maior parte das empresas de grande porte, a carga tributária do IR é a mesma. Por outro lado, a CSLL é superior em 11%, ou seja, outras sociedades do lucro real, geralmente, pagam valores referentes à 9% do seu lucro.

Esse percentual mais alto, de antemão, poderia sugerir o respeito aos ditames constitucionais, no tocante à capacidade contributiva e progressividade. Entretanto, esse raciocínio pautado nas alíquotas nominais, parte de uma verificação limitada acerca das reais cargas tributárias.

Com isso, a verificação da ocorrência progressiva dos tributos perpassa pela apuração da alíquota efetiva plena, em outras palavras, verificar qual a relação entre

o montante de fato passado ao fisco e o lucro do período, possibilitando que sejam consideradas eventuais exclusões específicas, e créditos proporcionados pela legislação relativa ao setor analisado (SHACKELFORD; SHEVLIN, 2000).

A verificação dessa alíquota efetiva auxilia na constatação de eventuais distorções de uma tributação ótima, bem como ocasionais violações aos baluartes constitucionais ligados ao sistema tributário. As “distorções” manifestam-se em normas as quais promovem um tratamento distinto aos contribuintes, de forma a beneficiar maiores ganhos. Tais benefícios ainda ocorrem de forma camuflada nas normas, figurando de difícil detecção sem conhecimento aprofundado da legislação tributária (SOUZA, 2017)

Alguns estudos desenvolvidos com base em grandes empresas atuantes no mercado brasileiro alertam para possibilidade de uma alíquota efetiva bem inferior ao ideal esboçado nos índices nominais das normas tributárias. Além de que refletem um impacto menor nos lucros das empresas em comparação às empresas mais modestas (CRUZ; GUIMARÃES; MACEDO, 2016).

8 | CARGA TRIBUTÁRIA EFETIVA DOS BANCOS

Em brilhante estudo, o professor Paulo Henrique Pêgas (2021) alerta sobre os perigos em se apegar a ideia de que os bancos pagam uma quantidade elevada de impostos. No artigo, cuja análise parte da amostra com 100 dos maiores grupos empresariais, ele inclusive demonstra com essas instituições se destacam pela alíquota efetiva de IR e CSLL inferior às pessoas jurídicas de outros setores.

IR+CSLL DE 100 GRUPOS - ÚLTIMOS DEZ ANOS (2010 a 2019)			
100 GRUPOS	LAIR	IR+CSLL	ALIQ.
PETRÓLEO E GÁS (7) *1	255.310	92.698	36,3%
SERVIÇOS (30)	218.927	60.807	27,8%
COMÉRCIO (10)	35.570	8.859	24,9%
ENERGIA ELÉTRICA (8)	73.867	15.659	21,2%
INDÚSTRIA PESADA (18)	196.800	41.629	21,2%
TELECOMUNICAÇÕES (3)	82.121	16.091	19,6%
INDÚSTRIA LEVE (16)	197.636	33.555	17,0%
BANCOS (8)	722.957	105.745	14,6%
TOTAL	1.783.187	375.042	21,0%

*1 Petrobras tem 78% do LAIR e 83% do IR do setor. E teve aliq. efetiva de 38,3% por conta dos três últimos anos.
Fonte: Site de cada empresa e/ou grupo, c/ dados organizados pelo Prof. Pêgas. Valores em R\$ milhões.

Diversos motivos explicam essa redução de alíquota, sendo os três principais:

1. Pagamento de Juros sobre capital próprio;
2. Uso de incentivos fiscais de redução, como o lucro da exploração; e
3. Uso do lucro presumido em empresas controladas e consolidadas nas DFs.

Figura 6 - Alíquota efetiva de setores econômicos

Fonte: PÊGAS (2020).

Dessa forma, resta interessante observar que percentuais elevados, como no caso da alíquota da CSLL ligada aos lucros bancários, não significam necessariamente um ônus tributário elevado: enquanto nominalmente a carga dos bancos seria de 45%, em termos reais nos deparamos com tão somente 14,6% no cenário entre 2010 e 2019 - impressionantes 1/3 das expectativas versadas na legislação.

Ademais, o professor Henrique Pêgas em outro trabalho¹⁰, avaliou as “alíquotas efetivas plenas” ligadas às atividades bancárias das principais corporações do país. Dessa forma, foi possível verificar qual valor desembolsado por tais corporações a título de IRPJ e CSLL, e com isso determinar desdobramentos acerca dos preceitos constitucionais da capacidade contributiva e progressividade.

No trabalho restou evidente no panorama geral como tais instituições detêm uma carga tributária diminuta, embora possuam grandes elevações no seu patrimônio, senão vejamos:

Portanto, do lucro de R\$ 721 bi, os bancos desembolsaram IR+CSLL de quase R\$ 230 bi, 32% do resultado positivo apresentado. Esse percentual representa a ALÍQUOTA EFETIVA CORRENTE das instituições financeiras.

Mas, do valor pago (230 bi), R\$ 127 bilhões se caracterizaram como adiantamento, com registro contábil no ativo dos bancos e aumento no patrimônio líquido das dez instituições financeiras.

Na essência, a Despesa de IR+CSLL ficou em R\$ 103 bi (230 – 127), sinalizando o reduzido percentual de 14,3% sobre seu Lucro (Receitas menos Despesas). Portanto, essa foi a ALÍQUOTA EFETIVA PLENA cobrada dos bancos no Brasil (PÊGAS,2021)

Frente à tais informações, associadas ao papel constitucional redistributivo atribuído aos tributos, resta evidente os indícios de que estamos diante de uma tributação bancária longe dos ideais delimitados pela CF/88.

9 | CONCLUSÃO

Conforme edificado nos tópicos anteriores nota-se como os grandes bancos são aptos a contribuir para o acúmulo de riqueza nas camadas mais privilegiadas, além de deterem grande capacidade econômicas. Ao mesmo tempo temos a Constituição Federal construindo um ideal no qual a tributação opera como algo capaz de mitigar a concentração de renda dentro da sociedade brasileira.

Contudo, a aproximação com a realidade dos bancos indica uma carga tributária diminuta em comparação com outros setores da economia, algo distante dos mandamentos constitucionais. Afinal como um setor que estimula desigualdade poderia ser tributariamente menos onerado do que os demais; em um arcabouço constitucional cujo teor busca exatamente a igualdade?

10 A REDUZIDA TRIBUTAÇÃO SOBRE O LUCRO DOS BANCOS NO BRASIL NO PERÍODO 2010 A 2019 (2021)

A resposta a indagação deve ser elaborada a partir de análise minuciosa da legislação, no intuito de identificar os mecanismos normativos ligados ao sistema tributário capazes de gerar uma alíquota efetiva baixa em comparação aos outros agentes econômicos.

REFERÊNCIAS

BASSO, Leonardo Fernando Cruz; FUTEMA, Mariano Seikitsi; KAYO, Eduardo Kazuo. Estrutura de capital, dividendos e juros sobre o capital próprio: testes no Brasil. **Revista Contabilidade & Finanças**, São Paulo, v. 20, n. 49, p. 44-62, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rctf/axtJZgdCGRksyBJ9pBYSv6Xk/#>. Acesso em: 25 maio 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Assembleia Constituinte, Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 jan. 2025.

BRUNHOFF, Suzanne de. **Finança, capital, Estados**. In: BRUNHOFF, Suzanne de .et al. A finança capitalista. São Paulo: Alameda, 2010.

BRUNO, Miguel *et al.* Texto para discussão nº 1455. **Finance-Led Growth. Regime no Brasil**: estatuto teórico, evidências empíricas e consequências macroeconômicas. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2009. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2577/1/TD_1455.pdf. Acesso em: 26 jan. 2025.

CARVALHO, Leonardo Mello de, ARAÚJO, Monica Mora Y. Desempenho do PIB no quarto trimestre de 2023. **Carta de conjuntura**, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Rio de Janeiro, n. 62, v. 16, 05 mar. 2025. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/wp-content/uploads/2025/03/240305_cc_62_notas_16.pdf. Acesso em: 02 fev. de 2025

CHESNAIS, François. **A finança mundializada**: raízes sociais e políticas, configuração, consequências. São Paulo: Boitempo, 2005.

CHESNAIS, François. A proeminência da finança no seio do “capital em geral”, o capital fictício e o movimento contemporâneo de mundialização do capital. In: BRUNHOFF, Suzanne de .et al. **A finança capitalista**. São Paulo: Alameda, 2010.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Mercados de Bancos e Seguradoras Departamento de Estudos Econômicos (DEE)**. Cadernos do Cade, Mercados de Bancos e Seguradoras. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2023.

DUMÉNIL, Gérard; LÉVY, Dominique. Os três campos da teoria das relações financeiras de Marx: o capital financeiro de Hilferding e Lenin. In: BRUNHOFF, Suzanne de .et al. **A finança capitalista**. São Paulo: Alameda, 2010b.

FLAHERTY, Eoin. **Top incomes under finance-driven capitalism**, 1990-2010: power resources and regulatory orders. *Socio-Economic Review*, v. 13, n. 3, p. 417-447, 2015.

GLOBAL Biggest Industries by Revenue in 2025, IBISWORLD, Industry Research Reports, 2023. Disponível em: <https://www.ibisworld.com/global/industry-trends/biggest-industries-by-revenue/>. Acesso em: 02 fev 2025

HILFERDING, Rudolf. **O Capital Financeiro**. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

HYAM, Benji. Most Profitable Companies: U.S. vs. Rest of the World. **Grow & Convert**, 29 nov. 2023. Disponível em: <https://www.growandconvert.com/research/most-profitable-fortune-500-companies-in-2023/>. Acesso em: 25 jan. 2025.

HYDE, Allen. “**Left behind?**” – financialization and income inequality between the affluent, middle class, and the poor. LIS Working Paper Series, Luxembourg, n. 745, p. 1-33, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10419/203031>. Acesso em: 01 jan. 2025.

LIN, Ken-Hou; TOMASKOVIC-DEVEY, Donald. Financialization and U.S. Income Inequality, 1970-2008. **American Journal of Sociology**, Chicago, v. 118, n. 5, p. 1284-1329, 2013.

MARX, Karl. **O Capital**: crítica da economia política. Livro III: O processo global da produção capitalista. São Paulo: Boitempo, 2014. E-book.

MEDEIROS, Marcelo. CASTRO, Fabio Ávila de. A composição da renda no topo da distribuição: evolução no Brasil entre 2006 e 2012, a partir de informações do imposto de renda. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 27, n. 2, p. 577-605, maio-ago. 2018.

MYRDAL, Gunnar. **Teoria Econômica e Regiões Subdesenvolvidas**. Instituto Superior de Estudos Brasileiros. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1960.

OSTRY, Jonathan; LOUNGANI, Prakash; FURCERI, Davide. **Neoliberalism: Oversold?** Finance & Development, International Monetary Fund, v. 53, n. 2, 2016. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2016/06/ostry.htm>. Acesso em: 28 mai. 2025.

PALLEY, Thomas. **Financialization: the Economics of Finance Capital Domination**. New York: Palgrave Macmillan, 2013.

PÊGAS, Paulo Henrique. A reduzida tributação sobre o lucro dos bancos no Brasil no período 2010 a 2019. **Inteligência em Pesquisa e Consultoria Estratégica**, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://ipecrj.com.br/artigos/a-reduzida-tributacao-sobre-o-lucro-dos-bancos-no-brasil-no-periodo-de-2010-a-2019/#:~:text=A%20m%C3%A9dia%20da%20despesa%20de,em%2021%25%20sobre%20o%20LAIR>. Acesso em: 16 jan. 2025.

PÊGAS, Paulo Henrique. Reforma tributária: começou ou não? **Inteligência em Pesquisa e Consultoria Estratégica**, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://ipecrj.com.br/artigos/reforma-tributaria-comecou-ou-nao-2/>. Acesso em: 16 jan. 2025.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Piketty e a reforma tributária igualitária no Brasil. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/15587>. Acesso em: 18 maio 2025.

SAUVIAT, Catherine: Os fundos de pensão e os fundos mútuos: principais atores da finança mundializada e do novo poder acionário. In: CHESNAIS, François (Org.). **A finança mundializada: raízes sociais e políticas, configuração, consequências**. São Paulo: Boitempo, 2005.

SHACKELFORD, Douglas; SHEVLIN, Terry. **Empirical tax research in accounting**. Dez. 2000. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=235796. Acesso em: 17 de jan. de 2025.

SOUZA, Antonio José. Imposto de renda no brasil: distorções, distorções e renúncias na distribuição de lucros das empresas. *In*: AFONSO, José Roberto *et al.* (Orgs.) **Tributação e Desigualdade**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STIGLITZ, Joseph. **Pareto efficient taxation and expenditures**: pre-and re-distribution. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2017. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w23892/revisions/w23892.rev0.pdf. Acesso em: 08 jan. 2025.

STOCKHAMMER, Engelbert. Financialization, income distribution and the crisis. **Investigación Económica**, v. 71, n. 279, p. 39-70, 2012. Disponível em: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0185-16672012000100003&script=sci_abstract&tlng=en. Acesso em: 02 mar. 2025.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

VALOR de mercado das empresas listadas. **B3**, São Paulo, atualizado até 07 mar. 2025. Disponível em: https://www.b3.com.br/pt_br/market-data-e-indices/servicos-de-dados/market-data/consultas/mercado-a-vista/valor-de-mercado-das-empresas-listadas/bolsa-de-valores-diario. Acesso em: 07 jan. 2025.

WILSON, James. **Capital, Currency and Banking**. Londres: The office of economist, 1847.

ZALEWSKI, David; WHALEN, Charles. Financialization and Income Inequality: A Post Keynesian Institutional Analysis. **Journal of Economic Issues**. v. 44. n. 3, p. 757-777, 2010.

SANEAMENTO, DIGNIDADE E ESG: DESAFIOS E CAMINHOS PARA A UNIVERSALIZAÇÃO NO MARANHÃO

Data de submissão: 25/02/2025

Data de aceite: 05/03/2025

Natalie Maria de Oliveira de Almeida

RESUMO: O presente estudo analisou os desafios e caminhos para a efetivação do Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Maranhão, considerando a agenda ESG (Environmental, Social and Governance) e sua relação com a dignidade humana. A pesquisa destacou a importância do saneamento como direito fundamental e elemento essencial para o desenvolvimento sustentável e equitativo da sociedade. A baixa cobertura dos serviços de saneamento no Maranhão, evidenciada por dados do IBGE (2022), reforça a necessidade de investimentos robustos e de um modelo de gestão eficiente que garanta a universalização do acesso à água potável e ao esgotamento sanitário. Este estudo adotou uma abordagem qualitativa e exploratória, baseada em revisão bibliográfica de artigos científicos indexados nas bases SciELO, Google Acadêmico e Latindex, além de fontes institucionais como IBGE, IPEA e ANA. Foram analisados documentos oficiais, relatórios técnicos e normativas regulatórias referentes ao Novo Marco Legal do Saneamento (Lei

nº 14.026/2020), buscando compreender seus impactos e desafios no contexto maranhense. A análise crítica dos dados secundários foi realizada por meio da triangulação de informações, permitindo uma visão abrangente e fundamentada da temática. A pesquisa também utilizou o método comparativo para avaliar políticas públicas de saneamento em outras regiões do Brasil, identificando boas práticas que possam ser aplicadas no Maranhão. A metodologia adotada garante rigor científico e a confiabilidade das informações apresentadas. Conclui-se que a efetivação do Novo Marco do Saneamento no Maranhão exige uma abordagem integrada que combine inovação tecnológica, incentivos financeiros, governança eficiente e compromisso social. A agenda ESG deve ser um eixo estruturante na formulação de políticas públicas para o setor, garantindo que o saneamento seja tratado não apenas como uma questão de infraestrutura, mas como um direito humano essencial para a promoção da dignidade e da justiça social. Somente com ações coordenadas entre os setores público e privado, alinhadas a estratégias sustentáveis e inclusivas, será possível superar os desafios históricos e assegurar um futuro mais digno para toda

a população maranhense.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde; Saneamento; Dignidade; Agenda ESG.

INTRODUÇÃO

Historicamente, o problema do saneamento básico tem encampado inúmeras discussões sobre a viabilidade de seu financiamento para, conseqüentemente, atingir um patamar de saúde satisfatório às necessidades humanas. O fato do Brasil figurar entre os países com um dos piores rankings de estrutura de saneamento reflete a imperiosa necessidade de mudar tal realidade. As iniciativas normativas, por sua vez, buscaram englobar a execução de serviços públicos em sua totalidade uma vez que o esgotamento sanitário satisfatório reduz a mortalidade, garante acesso à água potável e gera inúmeras externalidades positivas (IPEA, 2018).

A nova Lei 14.026/2020, nomeada de Novo Marco Regulatório do Saneamento, na verdade é uma profunda alteração na Lei n. 11.445/2007. A Lei 14.026/2020 trouxe modificações importantes ao sistema anterior, entre elas pode-se destacar: a extinção dos contratos de programa; a determinação de formação de grupos ou blocos de pequenos municípios para contratação de serviços coletivos de saneamento; a determinação de criação do Comitê Interministerial.

A Política Nacional de Saneamento Básico considera o saneamento básico um conjunto de serviços essenciais à saúde e à qualidade de vida das pessoas, englobando: i) a coleta, o tratamento e a disposição final de esgotos; ii) os sistemas de abastecimento de água; iii) as redes de drenagem de águas pluviais urbanas; e iv) os sistemas de coleta e tratamento do lixo urbano – este no contexto da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), Lei no 12.305/2010. O texto original e as atualizações dialogam com os desafios de um período inicialmente marcado por grande déficit nos serviços, seguido de outro no qual se destacam dificuldades fiscais de consideráveis dimensões.

Todos os componentes do saneamento básico (abastecimento de água, esgotamento sanitário, resíduos sólidos e drenagem de águas pluviais) dependem de vultosos recursos, que têm sido provisionados, primeiramente, pelo financiamento público, como acontece em grande parte dos países. Esse fato resulta da natureza de monopólio (um só prestador, público ou privado, para um grande conjunto de consumidores), bem como de questões de escala e dificuldades estruturais dos municípios, que apresentam alto grau de endividamento, infraestrutura insuficiente, restrita base arrecadatória e fragilidades de gestão

Vale registrar que, entre os diversos países, inclusive os ricos, o progresso em indicadores de serviços de saneamento têm sido alcançado somente após grande esforço, sempre contando com políticas públicas. Atrasos e danos ambientais foram marcantes, antes do avanço dos indicadores, por exemplo nos países-membros da Organização

para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), como Coreia do Sul, Chile e Dinamarca. Nesses países, principalmente nos últimos quarenta anos, configurou-se um foco abrangente em saneamento que permitiu resultados mais robustos. No Brasil, a atuação estatal, para além da elaboração das políticas públicas de promoção dos serviços, tem evidenciado uma trajetória que oscila entre prover os serviços diretamente por meio de entes públicos (municípios, estados/Distrito Federal e órgãos da União no caso do saneamento rural) e gerenciar o mercado para a iniciativa privada e público-privada (IPEA, 2020).

Diante do presente cenário, a escolha do tema encontra-se justificada pois permitirá, no desenvolvimento do trabalho, analisar as interfaces entre a concretização de direitos por meio da tessitura político-normativa da Política Nacional de Saneamento Básico.

A Lei nº 14.026/2020 trouxe quanto a temática duas inovações importantíssimas, a primeira percebe-se concretizado o estímulo ao investimento privado por meio de procedimento licitatório entre empresas públicas e privadas e o fim do direito de preferência as empresas estatais.

Nesse sentido, como problematização tem-se a seguinte indagação: quais são os limites e possibilidades da viabilidade político-jurídica dos serviços de saneamento básico no estado do Maranhão para a concretização e exercício da dignidade humana?

Como hipóteses, tem-se:

- a) Mesmo diante de mudança normativa, a operacionalidade dos serviços de saneamento básico no Estado do Maranhão depende do esforço governamental que supere a lógica pública na oferta de serviços;
- b) O fim do direito de preferência das empresas estatais abriu um mercado para outros operadores de serviços públicos;
- c) Os novos espaços para os contratos de concessão poderão viabilizar a efetivação de um mínimo existencial uma vez que o direito ao saneamento adequado é um desdobramento do direito à saúde e de superação da pobreza.

METODOLOGIA

Para analisar a problemática indicada para o estudo e concretizar os objetivos eleitos, tem-se como referência um pressuposto fundamental: as políticas públicas são formuladas no contexto de diversos interesses e expectativas de distintos sujeitos e racionalidades.

Nesse processo de objetivação, que envolve a pesquisa, admite-se a experiência e as concepções prévias, porém em postura questionadora. Deste modo, na investigação, devem ser observadas e comparadas os diversos discursos e práticas relacionados ao objeto de estudo delimitado.

A presente proposta está norteada pelos fundamentos que seguem:

- a) A realidade política e social não pode ser controlada, é complexa e resultado de

diversas determinações e contradições;

b) A atuação do Estado é consequência de um ambiente de pressão e confronto de interesses e manifesta-se atrelada, por vezes, à já preconizada lógica do mercado e, por tantas outras, à lógica social e seus comprometimentos;

d) Deve-se ultrapassar posturas metodológicas rígidas, balizando a análise nas diversas variáveis contextuais (sociais, econômicas e políticas) a fim de que se evitem considerações maniqueístas e sem objetivação científica e fomentem-se investigações socialmente situadas;

e) O ato de avaliar gera compromisso com mudanças na realidade em foco;

Nesse sentido, Este estudo adotou uma abordagem qualitativa e exploratória, baseada na revisão bibliográfica e documental. Foram utilizados artigos científicos indexados em bases como SciELO, Google Acadêmico e Latindex, além de fontes institucionais como IBGE, IPEA, ANA e SNIS. A pesquisa bibliográfica permitiu consolidar um referencial teórico atualizado sobre a relação entre saneamento básico, ESG e dignidade humana.

A pesquisa documental envolveu a análise de documentos oficiais, como a Lei nº 14.026/2020, planos governamentais e relatórios técnicos. A estratégia de triangulação de dados foi aplicada para cruzamento de informações provenientes de diferentes fontes, assegurando maior confiabilidade e coerência nos achados.

Adotou-se o método comparativo para avaliar políticas públicas de saneamento em outras regiões do Brasil e do mundo, identificando boas práticas que possam ser aplicadas no Maranhão. Essa abordagem permitiu verificar a eficácia de diferentes modelos de governança, financiamento e prestação de serviços de saneamento. Além disso, foi realizada uma análise crítica da estrutura regulatória do setor no Brasil, com foco nos desafios e oportunidades gerados pelo Novo Marco Legal do Saneamento.

A pesquisa também utilizou análise qualitativa de conteúdos encontrados em artigos científicos sobre ESG e saneamento, avaliando como a integração desses princípios pode contribuir para a universalização dos serviços e a mitigação dos impactos socioambientais. O rigor metodológico foi garantido pelo uso de referências atualizadas e de fontes reconhecidas, buscando assegurar um estudo aprofundado e embasado.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

O Novo Marco do saneamento e a realidade do Maranhão

A promulgação da Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, conhecida como Novo Marco Legal do Saneamento Básico, trouxe mudanças significativas para o setor no Brasil. Esta legislação visa universalizar e qualificar a prestação dos serviços de saneamento básico, estabelecendo metas ambiciosas e promovendo a participação da iniciativa privada.

Conforme se sabe, a crise do saneamento básico no Brasil é um problema histórico que afeta milhões de brasileiros, especialmente nas regiões Norte e Nordeste. A região nordeste possui o segundo pior índice de Perdas de Água na Distribuição do país, ficando atrás apenas do Norte. Ainda, não bastando todos os indicadores negativos do saneamento básico, o Nordeste desperdiça 45,7% de toda a água (referencias).

No contexto do estado do Maranhão, caracterizado por desafios históricos em infraestrutura e cobertura de serviços, a implementação deste novo marco apresenta particularidades que merecem análise detalhada.

O Maranhão, localizado na região Nordeste do Brasil, enfrenta desafios significativos no que tange ao saneamento básico. De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o estado apresenta índices de cobertura de abastecimento de água e esgotamento sanitário abaixo da média nacional. Segundo o Atlas de Saneamento do IBGE (2011), a cobertura de abastecimento de água no Maranhão era de 56,8%, enquanto a média nacional atingia 82,7%. No que se refere ao esgotamento sanitário, a situação é ainda mais crítica: apenas 16,2% da população maranhense tinha acesso a serviços de coleta de esgoto, comparado a 46,2% no Brasil. Esses dados evidenciam a necessidade urgente de investimentos e políticas públicas eficazes para melhorar a infraestrutura de saneamento no estado. A ausência de serviços adequados impacta diretamente na saúde pública, contribuindo para a incidência de doenças de veiculação hídrica e afetando a qualidade de vida da população.

O Novo Marco Legal do Saneamento Básico estabelece diretrizes para a universalização dos serviços até 2033, com metas de 99% da população tendo acesso à água potável e 90% ao tratamento e à coleta de esgoto (BRASIL, 2020). Para alcançar esses objetivos, a lei incentiva a participação do setor privado, estabelece a obrigatoriedade de licitações para a contratação de serviços e atribui à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) a responsabilidade de editar normas de referência para o setor. A regionalização dos serviços é uma das estratégias previstas, visando à formação de blocos regionais que possibilitem a viabilidade técnica e econômica dos projetos, especialmente em municípios menores ou com menor capacidade financeira. Essa abordagem busca otimizar recursos e ampliar a cobertura dos serviços de forma equânime.

A implementação do Novo Marco Legal no Maranhão enfrenta desafios específicos. A dispersão geográfica das comunidades, a baixa densidade populacional em algumas regiões e as limitações financeiras dos municípios são obstáculos a serem superados. Além disso, a carência de dados atualizados e precisos sobre a infraestrutura existente dificulta o planejamento e a execução de projetos eficazes. De acordo com um estudo realizado pelo Instituto Maranhense de Estudos Socioeconômicos e Cartográficos (IMESC) propõe a regionalização dos serviços de saneamento no estado como forma de atender às diretrizes do Novo Marco Legal. A proposta sugere a formação de microrregiões de saneamento básico, agrupando municípios com características socioeconômicas e

geográficas semelhantes, visando à otimização dos recursos e à melhoria da eficiência na prestação dos serviços (IMESC, 2021). A participação da iniciativa privada é vista como uma oportunidade para alavancar os investimentos necessários. No entanto, é fundamental que os contratos de concessão sejam bem estruturados, garantindo a prestação de serviços de qualidade e tarifas acessíveis à população. A transparência nos processos licitatórios e a fiscalização efetiva por parte dos órgãos competentes são essenciais para o sucesso das parcerias público-privadas.

A implementação do Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Maranhão representa uma oportunidade ímpar para superar os desafios históricos do setor no estado. A regionalização dos serviços, a atração de investimentos privados e o fortalecimento da governança local são pilares fundamentais para alcançar a universalização e a melhoria da qualidade dos serviços de saneamento. É imperativo que as políticas públicas sejam alinhadas às especificidades regionais, garantindo que os benefícios do saneamento básico adequado alcancem toda a população maranhense.

A superação desses desafios exige uma atuação conjunta entre o poder público, o setor privado e a sociedade civil. A busca por soluções inovadoras, o fortalecimento dos órgãos reguladores e a fiscalização eficiente são fundamentais para que o Novo Marco do Saneamento se torne uma realidade no Maranhão, especialmente porque a precariedade do saneamento afeta diretamente no cotidiano das pessoas a curto, médio e longo prazo, razão pela qual o acesso pleno deve ser prioridade nas agendas públicas (referencias).

Dado o exposto, considera-se que, apesar das dificuldades, a implementação do Novo Marco do Saneamento representa um importante instrumento de transformação da realidade do estado, garantindo serviços essenciais e promovendo desenvolvimento social e econômico.

A agenda ESG e o direito ao saneamento como instrumento da dignidade humana

A integração da agenda ESG (Environmental, Social, and Governance) no setor de saneamento básico é fundamental para a promoção da dignidade humana. A ESG enfatiza práticas ambientais responsáveis, compromisso social e governança ética, alinhando-se ao direito fundamental ao saneamento, essencial para a saúde pública e a qualidade de vida. No Brasil, embora 99,6% dos municípios sejam atendidos por rede de abastecimento de água, apenas 60,3% possuem serviços de esgotamento sanitário adequados, evidenciando a necessidade de melhorias nesse setor (IBGE, 2017).

A dimensão ambiental da ESG destaca a gestão sustentável dos recursos hídricos e a minimização dos impactos ambientais das atividades de saneamento. Isso inclui o tratamento adequado de efluentes e a proteção de mananciais, garantindo que as operações não comprometam os ecossistemas locais. Estudos indicam que práticas

ambientais responsáveis no setor de saneamento são essenciais para a preservação dos recursos naturais e a promoção da saúde pública (LOBÃO et al., 2021).

No âmbito social, a ESG enfatiza a importância de fornecer acesso universal e equitativo aos serviços de saneamento. A falta de acesso a esses serviços perpetua desigualdades sociais e econômicas, afetando desproporcionalmente comunidades vulneráveis. Dados do Censo Demográfico de 2022 revelam que 62,5% da população brasileira residia em domicílios conectados à rede de coleta de esgoto, demonstrando avanços, mas também indicando a persistência de desigualdades regionais e raciais (IBGE, 2023). A adoção de políticas inclusivas e investimentos direcionados são estratégias recomendadas para mitigar essas disparidades e promover a justiça social.

A governança, terceiro pilar da ESG, refere-se à implementação de práticas éticas e transparentes na gestão das organizações de saneamento. Isso abrange desde a conformidade com regulamentações até a promoção de uma cultura organizacional que valorize a responsabilidade social e ambiental. Uma governança sólida é fundamental para a eficácia e a sustentabilidade das iniciativas de saneamento (LOBÃO et al., 2021).

A interseção entre a agenda ESG e o direito ao saneamento básico reforça a necessidade de uma abordagem holística que considere as dimensões ambientais, sociais e de governança de forma integrada. Essa perspectiva não apenas atende às exigências regulatórias, mas também promove a dignidade humana ao assegurar condições de vida adequadas para todas as parcelas da população. Em 2023, 55,9% dos municípios brasileiros informaram possuir uma Política Municipal de Saneamento Básico finalizada, um aumento em relação aos 38,2% registrados em 2017, indicando um avanço na governança do setor (IBGE, 2023).

A implementação de práticas ESG no setor de saneamento também está associada à redução de riscos ocupacionais, especialmente entre trabalhadores idosos envolvidos na coleta de materiais recicláveis. Estudos apontam que a adoção de medidas de segurança e saúde ocupacional, alinhadas aos princípios ESG, contribui para a diminuição de acidentes de trabalho e doenças relacionadas, promovendo um ambiente laboral mais seguro e digno (SILVA et al., 2020).

Além disso, a intersetorialidade em saúde, integrando ações de saneamento básico com outras políticas públicas, tem se mostrado eficaz na redução da mortalidade infantil. Programas que combinam melhorias no saneamento com iniciativas de educação e saúde preventiva demonstram resultados positivos na qualidade de vida das comunidades atendidas, reforçando a importância de abordagens integradas alinhadas aos princípios ESG (HARTZ et al., 2008).

A universalização do saneamento básico no Brasil enfrenta desafios regulatórios significativos. A necessidade de investimentos em infraestrutura e a complexidade das normas existentes requerem uma governança eficaz e transparente. A adoção de práticas ESG pode facilitar a atração de investimentos e a implementação de modelos regulatórios

mais eficientes, promovendo a expansão e a melhoria dos serviços de saneamento (KOLLING et al., 2020).

A pandemia de COVID-19 foi um impactante exemplo que evidenciou a importância crítica do saneamento básico para a saúde pública. A ausência de infraestrutura adequada de água e esgoto dificulta medidas básicas de higiene, essenciais para a prevenção de doenças. Nesse contexto, a integração dos princípios ESG no planejamento e execução de políticas de saneamento torna-se ainda mais urgente, visando garantir resiliência e equidade no acesso a esses serviços (SION, 2020).

Portanto, a gestão integrada dos recursos hídricos, conforme preconizado pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), destaca a necessidade de práticas ESG no setor de saneamento. A proteção e a restauração de ecossistemas relacionados à água são fundamentais para assegurar a disponibilidade e a qualidade dos recursos hídricos, refletindo o compromisso com a sustentabilidade ambiental e a dignidade humana (ONU, 2017).

Os desafios e caminhos para a efetivação do Novo Marco no Maranhão

A implementação do Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Maranhão enfrenta desafios significativos, especialmente devido às desigualdades regionais e à necessidade de garantir a dignidade humana por meio do acesso universal a serviços de saneamento. O Novo Marco, estabelecido pela Lei nº 14.026/2020, visa universalizar o acesso à água potável e ao esgotamento sanitário até 2033, com metas de 99% e 90%, respectivamente. No entanto, a efetivação dessas metas no Maranhão requer a superação de obstáculos históricos e estruturais.

Historicamente, o Maranhão apresenta baixos índices de cobertura de saneamento básico. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) indicam que, em 2022, apenas 62,5% da população brasileira tinha acesso à rede de esgoto, com disparidades regionais marcantes. No Maranhão, a situação é ainda mais desafiadora, refletindo a necessidade urgente de investimentos e políticas públicas eficazes para reverter esse quadro.

Um dos principais desafios para a implementação do Novo Marco no estado é a limitada capacidade de investimento público em infraestrutura de saneamento. Estudos apontam que, em 2020, o setor público brasileiro investiu R\$ 3,5 bilhões em saneamento, valor insuficiente para atender às metas estabelecidas. Em 2012, o Plano Nacional de Saneamento Básico previa que a necessidade era de R\$392 bilhões. Por isso, para superar essa limitação, o Novo Marco prevê a ampliação da participação privada no setor, buscando atrair novos recursos e expertise para a expansão e melhoria dos serviços.

A integração regional é outra estratégia fundamental para a efetivação do Novo Marco no Maranhão. A prestação regionalizada dos serviços de saneamento permite que

municípios menores e com menor capacidade financeira se unam para formar blocos regionais, tornando os projetos mais viáveis e atraentes para investimentos. No entanto, a implementação dessa estratégia requer coordenação eficaz entre os diferentes níveis de governo e a superação de barreiras burocráticas e políticas.

Além dos aspectos econômicos e estruturais, é crucial considerar a dimensão social e a garantia da dignidade humana na implementação do Novo Marco. O acesso ao saneamento básico está intrinsecamente ligado à saúde pública e à qualidade de vida. A ausência desses serviços essenciais contribui para a perpetuação de ciclos de pobreza e marginalização. Portanto, políticas públicas devem ser orientadas não apenas pela eficiência econômica, mas também pela promoção da justiça social e redução das desigualdades.

Inovação e tecnologia desempenham papéis cruciais na superação dos desafios do saneamento no Maranhão. A adoção de soluções tecnológicas adaptadas às realidades locais, como sistemas de tratamento de esgoto descentralizados e tecnologias de baixo custo para áreas rurais e comunidades isoladas, pode acelerar a universalização dos serviços. Além disso, programas de capacitação profissional e educação ambiental são essenciais para engajar as comunidades e garantir a sustentabilidade das iniciativas implementadas.

A participação social e o controle social são pilares indispensáveis para a efetivação do Novo Marco. A inclusão das comunidades locais nos processos decisórios assegura que as soluções adotadas estejam alinhadas às necessidades reais da população e promovam a apropriação e manutenção dos serviços. Mecanismos de transparência e accountability devem ser fortalecidos para garantir a eficiência e a probidade na gestão dos recursos destinados ao saneamento.

Assim, pode-se dizer que a efetivação do Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Maranhão exige uma abordagem multifacetada que contemple investimentos financeiros, inovação tecnológica, integração regional e, sobretudo, o compromisso com a promoção da dignidade humana. Somente por meio de ações coordenadas e inclusivas será possível superar os desafios históricos e assegurar a universalização do saneamento básico no estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de traçar conclusões definitivas acerca do tema, o presente estudo reforça a necessidade de um olhar estratégico e interdisciplinar para a efetivação do Novo Marco do Saneamento no Maranhão, integrando os princípios da agenda ESG ao direito fundamental ao saneamento.

A pesquisa evidenciou que, apesar dos avanços normativos, subsistem desafios estruturais que comprometem a universalização dos serviços de água e esgoto. Dessa

forma, a implementação de políticas públicas eficazes deve considerar não apenas investimentos financeiros, mas também modelos inovadores de governança e gestão participativa, garantindo que as diretrizes estabelecidas resultem em melhorias concretas na qualidade de vida da população.

Dentre as propostas aqui elaboradas, destaca-se a necessidade de uma abordagem tecnológica para o monitoramento do abastecimento de água e da rede de esgoto, promovendo maior eficiência na detecção de vazamentos e falhas operacionais. Além disso, sistemas descentralizados de tratamento de esgoto, adaptados às especificidades geográficas e socioeconômicas do Maranhão, podem ser uma alternativa viável para comunidades isoladas. Tais tecnologias, quando alinhadas a práticas ESG, permitem reduzir impactos ambientais e ampliar o acesso ao saneamento de forma sustentável.

Outro aspecto relevante é a inclusão de mecanismos financeiros que incentivem empresas privadas a investir em saneamento, como fundos de impacto social e créditos de carbono associados a projetos de recuperação de bacias hidrográficas. Esses instrumentos podem tornar o setor mais atrativo para investidores, garantindo que as metas de universalização sejam atingidas sem comprometer a acessibilidade dos serviços. Dessa forma, uma regulação eficiente deve garantir que tais investimentos sejam feitos com transparência e responsabilidade social, prevenindo desigualdades na distribuição dos serviços.

No âmbito social, é essencial fomentar programas de educação ambiental que envolvam diretamente as comunidades locais, criando uma cultura de preservação dos recursos hídricos e incentivo ao uso racional da água. A participação popular nos conselhos de saneamento deve ser ampliada, assegurando que as decisões sejam tomadas de forma democrática e que os cidadãos tenham voz ativa na definição das prioridades do setor. A transparência na gestão dos serviços também deve ser aprimorada, com a adoção de plataformas digitais que disponibilizem dados sobre a execução de contratos e qualidade da água fornecida.

Por fim, a efetivação do Novo Marco do Saneamento no Maranhão deve ir além do cumprimento de metas numéricas e garantir que o acesso ao saneamento seja tratado como um pilar essencial para a dignidade humana. O Estado deve atuar de forma coordenada com o setor privado e a sociedade civil, utilizando a agenda ESG como um norteador para a implementação de soluções eficazes e sustentáveis. Dessa maneira, será possível assegurar que os benefícios do saneamento alcancem a totalidade da população maranhense, promovendo justiça social e desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

AESBE. **A importância dos contratos de programa para a universalização do saneamento**. 2019. Disponível em: <https://aesbe.org.br/a-importancia-dos-contratos-de-programa-para-a-universalizacao-do-saneamento/>. Acesso em: 14 nov. 2020.

ARAÚJO, Flávia Camargo; BERTUSSI, Geovane Lorena. Saneamento básico no Brasil: estrutura tarifária e regulação. **Planejamento e Políticas Públicas**, v. 51, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/934>. Acesso em: 14 nov. 2020.

ARAÚJO, Marcos Paulo Marques; ZVEIBIL, Victor Zular. A relação titular-prestador na contratação de serviços de saneamento básico. *In*: BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Programa de Modernização do Setor Saneamento. **Prestação dos serviços públicos de saneamento básico**. Coordenação: Berenice de Souza Cordeiro. Brasília, DF: [s. n.], 2009. (Lei Nacional de Saneamento Básico: perspectivas para as políticas e gestão dos serviços públicos; v. 3). Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2161/1/Lei%20nacional%20de%20saneamento%20basico_Livro%20III_P_BD.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BELCHIOR, Wilson Sales. **Os impactos do novo marco legal do saneamento básico**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-19/wilson-belchior-impactos-marco-saneamento>. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 13.822, de 3 de maio de 2019. Altera o § 2º do art. 6º da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para estabelecer que, no consórcio público com personalidade jurídica de direito público, o pessoal será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). n. p. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13822.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Presidência da República. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 14 nov 2020.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento. Sistema Nacional De Informações Sobre Saneamento. **Diagnóstico dos serviços dos serviços de água e esgotos**: 2018. [Brasília, DF], 2020b. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/diagnostico-anual-agua-e-esgotos/diagnostico-dos-servicos-de-agua-e-esgotos-2018>. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007b**. Regulamenta a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6017.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/11079.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005**. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007a**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 14 nov.2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010**. Altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm#:~:text=L12349&text=LEI%20N%C2%BA%2012.349%2C%20DE%2015%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202010.&text=Altera%20as%20Leis%20nos,6%20de%20fevereiro%20de%202006. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020a**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento... Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm. Aceso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Mensagem nº 396, de 15 de julho de 2020c**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-396.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Contratos, ajustes e acordos entre entes administrativos e entidades sem fins lucrativos. *In*: NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2244470/mod_resource/content/1/CAMARA%20Jacintho.%20p.493-507.pdf. Aceso em: 10 nov. 2020.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Compreenda as principais mudanças do marco legal do saneamento básico**. VLF Advogados [Homepage]. Belo Horizonte, [2020]. Disponível em: https://www.vlf.adv.br/noticia_aberta.php?id=804. Acesso em: 14 nov. 2020.

FGV. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura. **Análise dos contratos de programa**. 2019. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2019-12/Contratos_de_Programa_2.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

GRAZIANO, Luiz Felipe Pinto Lima. **O subsídio cruzado e os contratos de programa para saneamento básico**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-23/luiz-felipe-graziano-subsidio-cruzado-contratos-programa>. Acesso em: 10 nov. 2020.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Ranking do saneamento 2020**. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/estudos/estudos-itb/itb/ranking-do-saneamento-2020>. Acesso em: 14 nov 2020.

ONU (Brasil). **OMS**: para cada dólar investido em água e saneamento, economiza-se 4,3 dólares em saúde global. 2014. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-para-cada-dolar-investido-em-agua-e-saneamento-economiza-se-43-dolares-em-saude-global/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

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.

A

Acesso à justiça 2, 4, 5, 6, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 23, 24, 30, 31, 42, 43, 46, 51, 53, 83, 86

Assédio moral 81, 83, 84, 85, 87, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96

B

Bioética 81, 83, 91, 92, 93, 95, 96, 97

C

Capacidade contributiva 98, 100, 101, 107, 108, 109, 110, 111, 113, 114, 117, 118, 119, 120, 127, 134, 135, 136, 137, 138, 140, 142, 152, 154, 156, 157, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 167, 172, 189, 190, 191, 193

Controle de constitucionalidade 3, 45, 50, 51, 53, 54

D

Desafios contemporâneos 3, 18

Dignidade 80, 81, 82, 87, 88, 90, 91, 94, 109, 129, 153, 197, 198, 199, 200, 202, 203, 204, 205, 206

Direito 1, 3, 4, 6, 11, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 43, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 72, 73, 77, 78, 79, 80, 81, 84, 87, 89, 92, 94, 96, 99, 100, 109, 110, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 144, 148, 149, 150, 153, 154, 155, 156, 157, 159, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 196, 197, 199, 202, 203, 205, 207, 210

Direito de família 39, 64, 65, 67, 68, 72, 73, 78, 79, 80

E

ESG 197, 198, 200, 202, 203, 204, 205, 206

Execução civil 45, 46, 53

Extensão 25, 26, 28, 31, 32, 33, 36, 39, 41, 43, 44, 88, 89, 134

J

Justiça 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 30, 31, 35, 36, 39, 42, 43, 46, 51, 52, 53, 54, 56, 58, 59, 61, 62, 71, 72, 73, 79, 83, 84, 85, 86, 87, 90, 91, 92, 94, 95, 96, 98, 99, 100, 101, 104, 107, 108, 109, 110, 111, 113, 114, 118, 119, 120, 129, 130, 133, 153, 159, 160, 190, 194, 197, 203, 205, 206

Justiça tributária 98, 99, 100, 107, 108, 109, 110, 118, 119, 160

M

Mediação 1, 4, 7, 8, 9, 13, 14, 15, 21, 22, 29, 46, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80

N

Norma antielisiva 121, 122, 131, 132, 162, 163

P

Poder judiciário 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9, 17, 19, 22, 23, 26, 30, 36, 45, 51, 52, 73, 78, 79, 125, 127, 128, 129, 159, 165

R

Reforma trabalhista 81, 82, 83, 85, 87, 90, 94, 96

S

Saneamento 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209

Sigilo bancário 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 164, 168, 170

Sistema tributário 98, 100, 101, 102, 105, 106, 107, 109, 111, 112, 113, 114, 117, 118, 122, 136, 150, 151, 152, 172, 190, 192, 194

T

Tecnologia 1, 6, 9, 12, 18, 19, 23, 28, 30, 182, 186, 205

Transformação social 9

DIREITO E DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

ENTRE JUSTIÇA E
TRANSFORMAÇÃO
SOCIAL

-  www.atenaeditora.com.br
-  contato@atenaeditora.com.br
-  [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
-  www.facebook.com/atenaeditora.com.br

 **Atena**
Editora

Ano 2025

DIREITO

E DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

ENTRE JUSTIÇA E
TRANSFORMAÇÃO
SOCIAL

-  www.atenaeditora.com.br
-  contato@atenaeditora.com.br
-  [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
-  www.facebook.com/atenaeditora.com.br


Ano 2025